

Albrecht Dalhoff

Die Einwirkung der Geschäftsfähigkeit
auf nichtrechtsgeschäftliche
Willensäußerungen

1969

Die Einwirkung der Geschäftsfähigkeit auf
nichtrechtsgeschäftliche Willensäußerungen

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung

des akademischen Grades eines Doktors der
Rechte der Rechts- und Staatswissenschaft-
lichen Fakultät der

Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster

vorgelegt von

Albrecht Dalhoff

aus

Bramsche Krs. Bersenbrück



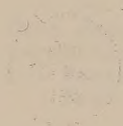
Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Reinicke

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Heldrich

Dekan: Prof. Dr. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Mai 1969

Meinen Eltern



L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Ballerstedt, Kurt Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter
In: Archiv für die civilistische Praxis, Band 151, S. 501 ff.
- Bärmann, Johannes Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge.
Karlsruhe 1948
- Baur, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts. 3. Aufl.
München-Berlin 1966
- Der Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB.
In: Archiv für die civilistische Praxis, Band 160, S. 465 ff.
- Bender, Bernd Allgemeines Verwaltungsrecht.
2. Aufl.
Freiburg 1956
- Berg, Hans Leistungspflicht aus sozialtypischem Verhalten und Minderjährigenschutz.
In: Monatsschrift für Deutsches Recht 1967, S. 448 f.
- Betti, Emilio Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse.
In: Festschrift für Heinrich Lehmann.
Band I. Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956, S. 253 ff.
- BGB-RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern.
I. Band, 1. Teil §§ 1 - 240.
11. Aufl. Berlin 1959
II. Band, 2. Teil §§ 705 - 853.
11. Aufl. Berlin 1960
III. Band, 1. Teil §§ 854 - 1011.
11. Aufl. Berlin 1959
III. Band, 2. Teil §§ 1012- 1296.
11. Aufl. Berlin 1963

- IV. Band, 2. Teil §§ 1589 - 1634,
1638 - 1649.
1164, 1666-1698,
1705.
10./11. Aufl. Berlin 1964.
- Bienenfeld, Rudolf Die Haftungen ohne Verschulden.
Berlin-Wien 1933
(zitiert: Haftungen)
- Blomeyer, Arwed Allgemeines Schuldrecht.
Berlin-Frankfurt/M. 1953
- - dasselbe. 3. Aufl.
Berlin-Frankfurt/M. 1964.
- - Fortschritte der modernen Schuld-
rechtsdogmatik.
In: Archiv für die civilistische
Praxis, Band 154, S. 527 ff.
- Boehmer, Gustav Zum Problem der Teilmündigkeit Min-
derjähriger. Anmerkung zu dem Urteil
des IV. ZS des BGH v. 5.12.1958.
In: Monatsschrift für Deutsches
Recht 1959, S. 705 - 707.
- Brox, Hans Die Einschränkung der Irrtumsan-
fechtung. Ein Beitrag zur Lehre von
der Willenserklärung und deren Aus-
legung.
Karlsruhe 1960
- Buber, Martin Reden über Erziehung.
Heidelberg 1949
- Bydlinski, Franz Privatautonomie und objektive Grund-
lagen des verpflichtenden Rechtsge-
schäfts.
Wien, New York 1967
- v. Caemmerer, Ernst Bereicherung und unerlaubte Handlung.
In: Festschrift für Ernst Rabel,
Band I, S. 333 - 401.
Tübingen 1954
- Canaris, Claus-Wilhelm Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit
bei Haftung aus "culpa in contra-
hendo", Gefährdung und Aufopferung.
In: Neue Juristische Wochenschrift
1964, S. 1987 ff.

- Canaris, Claus-Wilhelm Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen.
In: Juristenzeitung 1965, S. 475 ff.
- Coing, Helmut System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft.
In: Juristenzeitung 1951, S. 481
- Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches nebst drei Anlagen.
2. Aufl. Berlin 1896
- Diederichsen, Uwe Der "Vertragsschluß" durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben.
In: Juristische Schulung 1966, S. 129 ff.
- - Auftragslose Geschäftsführung des Minderjährigen als Problem der juristischen Methode.
In: Monatsschrift für Deutsches Recht 1964, S. 889 ff.
- Dölle, Hans Außergesetzliche Schuldpflichten.
In: Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften Band 103, S. 67 ff.
- Dorn, Horst Strukturgleichheit zwischen faktischen Vertragsverhältnissen und Geschäftsführung ohne Auftrag.
In: Neue Juristische Wochenschrift 1964, S. 799 ff.
- Endemann, Friedrich Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band II, 1: Sachenrecht.
8./9. Aufl. Berlin 1905
- Engisch, Karl Sinn und Tragweite juristischer Systematik.
In: Studium Generale Band 10, S. 173 ff.
- Enneccerus-Kipp-Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
I. Allgemeiner Teil. 1. u. 2. Halbband, bearb. von Hans Carl Nipperdey.
15. Aufl. Tübingen 1960
II. Recht der Schuldverhältnisse, bearb. von Lehmann.
15. Bearb. Tübingen 1958

- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I u. II.
4. Aufl. Münster 1967
Band I 3. Aufl. Münster 1962
- - Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen.
In: Archiv für die zivilistische Praxis, Band 139, S. 273 ff.
- Ernst, Carl Der Geschäftsunfähige im Sachenrecht, Immaterialgüterrecht und Reichserbhofrecht.
Dissertation Frankfurt/M. 1936
- Esser, Josef Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil.
2. Aufl. Karlsruhe 1960
- - Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts.
2. Aufl. Tübingen 1964
(Zitiert: Grundsatz und Norm)
- - Gedanken zur Dogmatik der faktischen Vertragsverhältnisse.
In: Archiv für die zivilistische Praxis, Band 157, S. 86 ff.
- - Zur Methodenlehre des Zivilrechts.
In: Studium Generale Band 12, S. 97 - 107.
- - Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung.
München-Berlin 1941
- Fikentscher, Wolfgang Das Schuldrecht. Berlin 1965
- Finger, Hans-Joachim Eisenbahngesetze. Textsammlung mit Erläuterung und Sachverzeichnis.
5. Aufl. München 1968
- - - Eisenbahn-Verkehrsordnung mit Allgemeinen Ausführungsbestimmungen unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung.
3. Aufl. München-Berlin 1963

- Floegel-Hartung Straßenverkehrsrecht, Kommentar.
17. Aufl., bearb. von Heinrich
Jagusch.
München 1968
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts. Band II: Das Rechtsgeschäft.
Berlin-Heidelberg-New York 1965
(zitiert: Rechtsgeschäft)
- - Rechtsgeschäft und Privatautonomie.
In: Hundert Jahre Deutsches Rechts-
leben. Festschrift zum 100jähri-
gen Bestehen des deutschen Ju-
ristentages 1860-1960. Bd. I.
Karlsruhe 1960, S. 135 ff.
- - Der Wegfall der Bereicherung in der
Entwicklung vom römischen zum gel-
tenden Recht.
In: Festschrift für Hans Nieder-
meyer, Göttingen 1953,
S. 103 - 177.
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts.
I. Band: Allgemeiner Teil.
9. Aufl. München-Berlin 1966
- Fuld Zum Mobiliarrecht nach bürgerlichem
und Handelsrecht.
In: Archiv für die civilistische
Praxis, Band 89, S. 402 ff.
- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts.
München-Berlin 1964
- - Elterliche Gewalt heute.
In: Familienrechtszeitschrift 1962,
S. 89 ff.
- Giehl, Friedrich Der gutgläubige Mobiliarerwerb.
Dogmatik und Rechtswirklichkeit
In: Archiv für die civilistische
Praxis, Band 161, S. 357 ff.
- Gmür, Rudolf Das ZBG verglichen mit dem BGB.
Bern 1965
- Gönnenwein, Otto Gemeinderecht.
Tübingen 1963

- Haupt, Günter Über faktische Vertragsverhältnisse. Festschrift für Heinrich Siber, Bd. II,
Leipzig 1943, S. 1 ff.
- Heck, Philipp Grundriß des Sachenrechts.
Tübingen 1930
- Grundriss des Schuldrechts.
Tübingen 1929
- Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz.
In: Archiv für die civilistische Praxis, Band 112, S. 1 - 318
- Das Problem der Rechtsgewinnung.
2.Aufl. Tübingen 1932
- Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz.
Tübingen 1932
- Hildebrandt, Heinz Erklärungs haftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts.
Berlin-Leipzig 1941
(zit. Erklärungs haftung)
- v.Hippel, Fritz Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie.
Tübingen 1936
(zit. Privatautonomie)
- Hitzemann,Horst-Heinrich Stellvertretung beim sozialtypischen Verhalten.
Berlin 1966
- Hofmann, Paul Minderjährigkeit und Halterhaftung.
In: Neue Juristische Wochenschrift 1964, S. 228 ff.
- Hubmann, Heinrich Grundsätze der Interessenabwägung.
In: Archiv für die civilistische Praxis, Band 155, S. 85 ff.
- Hübner, Heinz Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung.
In: Festschrift für Hans Carl Nipperdey. Band I, S. 373 ff.
München-Berlin 1965

- Hübner, Heinz Der Rechtsverlust im Mobiliar-
sachenrecht.
 Erlangen 1955
 (zit. Rechtsverlust)
- Janicki, Hubertus Die Verkehrssicherungspflicht als
Ampsspflicht.
In: Neue Juristische Wochenschrift
1967, S. 2038 ff.
- Ihering, Rudolph Geist des römischen Rechts auf den
verschiedenen Stufen seiner Ent-
wicklung.
I. Teil, 2.Aufl. Leipzig 1866
II. Teil, 2.Abt. 5. Aufl. Leipzig 1898
- - Unsere Aufgabe.
In: Iherings Jahrbücher für die
Dogmatik des Bürgerlichen
Rechts Bd. 1 (1857)
- Kaser, Max Römisches Privatrecht. 4. Aufl.
 München-Berlin 1965
- Kiß, Gerd Gesetzesauslegung und ungeschrie-
benes Recht.
In: Iherings Jahrbücher für die
Dogmatik des Bürgerlichen
Rechts Bd. 58, S. 413 ff.
- Klein, Peter Die Rechtshandlungen im engeren
Sinne. Eine Untersuchung auf dem
Gebiet des deutschen bürgerlichen
Rechts.
 München 1912
 (zit. Rechtshandlungen)
- Knoche, Hans-Jürgen Minderjährige als Geschäftsführer
ohne Auftrag.
In: Monatsschrift für Deutsches
Recht 1964, S. 193 ff.
- Kreß, Hugo Lehrbuch des Besonderen Schuld-
rechts.
 München-Berlin 1934
- König, René Das Recht im Zusammenhang der
sozialen Normensysteme.
In: Studien und Materialien zur
Rechtssoziologie Sonderheft 11
1967, S. 36 ff.

- Kühler, Friedrich-Karl Eigentum verpflichtet - eine zivilrechtliche Generalklausel?
In: Archiv für die civilistische Praxis, Band 159, S. 236 ff.
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts.
I. Allgemeiner Teil. 9. Aufl.
München 1968
8. Aufl. München 1967
II. Besonderer Teil. 8. Aufl.
München-Berlin 1967
- - Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts.
München 1967
- - Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten.
In: Neue Juristische Wochenschrift 1956, S. 1897 ff.
- - Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt".
In: Monatsschrift für Deutsches Recht 1954, S. 515 ff.
- - Rezension über: Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, von Spiros Simitis, Frankfurt 1957.
In: Neue Juristische Wochenschrift 1958, S. 862 ff.
- - Methodenlehre der Rechtswissenschaft.
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
(zit. Methodenlehre)
- Heiseke, Jürgen Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen.
In: Neue Juristische Wochenschrift 1960, S. 77 ff.
- Lehmann, Heinrich Deutsches Familienrecht.
Henrich, Dieter 4. Aufl. Berlin 1967

- Lehmann - Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuchs.
15. Aufl. Berlin 1966
- Lehmann, Heinrich Faktische Vertragsverhältnisse.
In: Neue Juristische Wochenschrift
1958, S. 1 ff.
- Lenckner, Theodor Die Einwilligung Minderjähriger und
deren gesetzliche Vertreter.
In: Zeitschrift für die gesamte
Strafrechtswissenschaft Bd. 72,
S. 446 ff.
- Manigk, Alfred Das rechtswirksame Verhalten.
Berlin 1939
(zit. Rechtswirksame Verhalten)
- Willenserklärung und Willensge-
schäft, ihr Begriff und ihre Be-
handlung.
Berlin 1907
(zit. Willenserklärung)
- Die Voraussetzungen des Eigenbe-
sitzes nach BGB.
In: Archiv für Bürgerliches Recht
Band 25, S. 316 ff.
- Maunz, Theodor - Grundgesetz. Kommentar (Loseblatt-
Dürig, Günther ausgabe)
München-Berlin 1958
passim
- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht. Allgemeiner
Teil. Ein Lehrbuch.
3. Aufl. Karlsruhe 1965
(zit. Allg. Teil)
- Merkel, Günter Die faktischen Vertragsverhältnisse
und das Problem der Geschäftsfähig-
keit.
Dissertation Erlangen 1962
- Mezger, Robert Das schwarzfahrende Kind.
In: Neue Juristische Wochenschrift
1967, S. 1740
- Mittelstein, Max Die Miete. 4. Aufl. Berlin 1932

- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen
Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Band I Allgemeiner Teil
II Recht der Schuldverhältnisse
III Sachenrecht
IV Familienrecht
Berlin-Leipzig 1888
- Müller-Erbach, Rudolf Die Relativität der Begriffe und
ihre Begrenzung durch den Zweck des
Gesetzes
In: Iherings Jahrbücher für die
Dogmatik des Bürgerlichen
Rechts Bd. 61, S. 343 ff.
- Müller-Freienfels,
Wolfram Die Vertretung beim Rechtsgeschäft.
Tübingen 1955
- Nipperdey, Hans Carl Faktische Vertragsverhältnisse.
In: Monatsschrift für Deutsches
Recht 1957, S. 129 ff.
- Oertmann, Paul Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch. II. Buch Recht der Schuldver-
hältnisse, 2. Abt. (§§ 433-853).
5. Aufl. Berlin 1929
- - Bereicherungsansprüche bei nichti-
gen Geschäften.
In: Deutsche Juristenzeitung 1915,
S. 1063 ff.
- Offtermatt, Gerhard Dinglicher Beseitigungsanspruch und
Duldungsanspruch.
Stuttgart 1937
(zit. Beseitigungsanspruch)
- Oser-Schönberger Kommentar zum Schweizerischen
Zivilgesetzbuch.
V. Band: Obligationenrecht, 3. Teil
(Art. 419 - 529)
2. Aufl. Zürich 1945
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch. Kurz-
kommentar.
27. Aufl. München 1968

- Pawlowski, Hans-Martin Die Ansprüche des Vermieters eines Kraftfahrzeugs gegen den minder-jährigen Mieter. Bemerkung zu dem Urteil des OLG Hamm v. 28.1.1966 (in NJW 1966, S.2357 ff.)
In: Juristische Schulung 1967, S. 302 ff.
- - - Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen.
Göttingen 1966
- - - Problematik der Interessenjurisprudenz.
In: Neue Juristische Wochenschrift 1958, S. 1561 ff.
- - - Gedanken zur Methode der Gesetzesauslegung.
In: Archiv für die civilistische Praxis, Band 160, S. 209 ff.
- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz.
III. Band Sachenrecht (§§ 854-1296).
4. Aufl. Berlin-Leipzig 1920
III. Band, 2. Hälfte (§§ 1113-1296)
5. Aufl. Berlin 1938
II. Band, 3. Teil Recht der Schuldverhältnisse (§§ 701 - 853).
4. Aufl. Berlin-Leipzig 1928
- Pleyer, Klemens Die Haftung des Eigentümers für Störungen aus seinem Eigentum.
In: Archiv für die civilistische Praxis, Band 156, S. 291 ff.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Band I Allg. Teil Berlin 1897
II Recht der Schuldverhältnisse Berlin 1898
III Sachenrecht Berlin 1899.
(Bearb. von Archilles, Gebhard, Spahn)

- Fuchta, Georg-Friedrich Geschichte des Rechts bei dem
Römischen Volk und Geschichte des
Römischen Civilprozesses.
9. Aufl. herausgg. von Paul Krüger.
Leipzig 1881
- - - Pandekten. 9. Aufl., bearb. von
A.F. Rudorff. Leipzig 1863
- - - Vorlesungen über das heutige rö-
mische Recht II. Band.
3. Aufl. Leipzig 1852
- Raape, Leo Rezension über Ulrich v. Lübtow,
Beiträge zur Lehre von der condic-
tio nach römischem und geltendem
Recht.
In: Archiv für die civilistische
Praxis, Band 152, S. 458 ff.
- Raiser, Ludwig Der Stand der Lehre vom subjekti-
ven Recht im Deutschen Zivilrecht.
In: Juristenzeitung 1961, S. 465 ff.
- Reinicke, Dietrich Ausfüllung von Gesetzeslücken durch
den Bundesgerichtshof.
In: Juristische Schulung 1964,
S. 421 ff.
- - Der Zeitpunkt, zu dem die subjek-
tiven Voraussetzungen bei der Über-
nahme eines Vermögens im Sinne des
§ 419 BGB vorliegen müssen.
In: Neue Juristische Wochenschrift
1967, S. 1249 ff.
- Reinicke, G. und D. Zur Frage, ob das Gericht berech-
tigt ist, über den Willen des Ge-
setzgebers Beweis zu erheben.
In: Monatsschrift für Deutsches
Recht 1952, S. 141 ff.
- - - Die Auslegungsgrundsätze des Bun-
desgerichtshofs.
In: Neue Juristische Wochenschrift
1951, S. 681 ff.
- - - Die Bedeutung des Wortlauts bei der
Auslegung von Gesetzen nach der
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.
In: Juristische Wochenschrift 1952,
S. 1033 ff.

- Reinicke, G. und D. Die Fortbildung des Rechts durch den Richter.
In: Neue Juristische Wochenschrift 1954, S. 1217 ff.
- Reinhardt, Rudolf - Richter und Rechtsfindung.
König, Wilhelm München-Berlin 1957
- Reuter, Dieter Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt.
Berlin 1968
(zit. Kindesgrundrechte)
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts.
9. Aufl. München-Berlin 1961
- Rümelin, Max Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre.
Tübingen 1930.
(zit. Wandlungen)
- Savigny, Friedrich-Carl v. Juristische Methodenlehre, herausgg. von Gerhard Wesenberg nach einer Bearbeitung von Jakob Grimm.
Stuttgart 1951
- - - Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Heidelberg 1814 .
(zit. Vom Beruf unserer Zeit)
- - - System des heutigen Römischen Rechts. Band I
Berlin 1840
- Schmidt, Rudolf Der Pfandbesitz.
In: Archiv für die civilistische Praxis, Band 134, S. 1 ff.
- - - Der negatorische Beseitigungsanspruch.
Stuttgart 1924
(zit. Beseitigungsanspruch)
- - - Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch. III. Band Sachenrecht.
2. Aufl. Berlin 1954

- Schneider, Hans Zur Haftung der Gemeinden für ihre öffentlichen Anstalten.
In: Neue Juristische Wochenschrift
1962, S. 705 ff.
- Schulien, Peter Anmerkung zu dem Urteil des LG Aachen vom 25.4.1963 (NJW 1963, S. 1252).
In: Neue Juristische Wochenschrift
1963, S. 1878 ff.
- Schwimann, Michael Die Institution der Geschäftsfähigkeit.
Wien 1965
- Siber, Heinrich Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit.
In: JheringsJ Band 70, S. 223 ff.
- Siebert, Wolfgang Faktische Vertragsverhältnisse. Abwicklungen des Vertragsrechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge, des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts.
In: Juristische Studiengesellschaft, Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 41, Karlsruhe 1958
- Simitis, Spiros Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts.
Frankfurt/M. 1957
(zit. Faktische Vertragsverhältnisse)
- Soergel-Siebert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.
I. Band (§§ 1 - 432).
9.Aufl. Stuttgart 1959
II. Band (§§ 433 - 853)
9.Aufl. Stuttgart 1962
III. Band (§§ 854 - 1296)
9.Aufl. Stuttgart 1960
I. Band (§§ 1 - 240).
10.Aufl.. Stuttgart Berlin Köln
Mainz 1967

II. Band (§§ 241 - 610)

10. Aufl. Stuttgart Berlin Köln
Mainz 1967

(zit. Siebert -Bearbeiter)

Staudacher, Paul

Haftung von Minderjährigen bei
Automietverträgen. Bemerkung zu dem
Urteil des OLG Köln vom 9.12.1959
ZU 89/59.
In: Neue Juristische Wochenschrift
1961, S. 1907 ff.

v. Staudinger's

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch mit Einführungsgesetz und
Nebengesetzen.

I. Band (§§ 1 - 240).

11. Aufl. Berlin 1957

II. Band Teil 1 c (§§ 249 - 327)

10./11. Aufl. Berlin 1967

II. Band Teil 1 b (§ 242)

11. Aufl. Berlin 1961

II. Band 3. Teil (§§ 631 - 853)

9. Aufl. München-Berlin-Leipzig
1929

II. Band 4. Teil (§§ 705 - 822)

11. Aufl. Berlin 1958

II. Band 2. Teil (§§ 433 - 610)

11. Aufl. Berlin 1955

II. Band 3. Teil (§§ 611 - 704)

11. Aufl. Berlin 1958

III. Band 1. Teil (§§ 854 - 1017)

11. Aufl. Berlin 1956

III. Band 2. Teil (§§ 1018 - 1296)

11. Aufl. Berlin 1963

IV. Band Teil 3 a (§§ 1589-1698 b)

10./11. Aufl. Berlin 1966

Stoll, Heinrich

Haftung für das Verhalten während
der Vertragsverhandlungen.
In: Leipziger Zeitschrift für
Deutsches Recht 1923, Sp. 532 ff.

- Stoll, Heinrich Begriff und Konstruktion in der
Lehre der Interessenjurisprudenz.
In: Archiv für die civilistische
Praxis, Band 133, Beilage,
S. 60 ff.
- Süß, Theodor Durchgangs-Herrenlosigkeit, Zur
Problematik von Aneignung und Er-
sitzung insbesondere des § 927 BGB.
In: Archiv für die civilistische
Praxis, Band 151, S. 1 ff.
- Tiedtke, Klaus Aufrechnungsfragen beim gesetzli-
chen Forderungsübergang.
Dissertation Münster 1966
- v. Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts.
Band I Leipzig 1910
II, 1. Teil München-Leipzig 1914
II, 2. " München-Leipzig 1918
- Weimar, Wilhelm Die Haftung aus Verschulden bei
Vertragsschluß gegenüber Vertre-
tern.
In: Monatsschrift für Deutsches
Recht 1960, S. 994 f.
- Gilt der Rechtsgedanke des § 328
BGB auch bei culpa in contrahendo?
In: Monatsschrift für Deutsches
Recht 1959, S. 266
- Weinkauff, Hermann Der Naturrechtsgedanke in der
Rechtsprechung des Bundesgerichts-
hofes.
In: Neue Juristische Wochenschrift
1960, S. 1689 ff.
- Richtertum und Rechtsfindung in
Deutschland. (Sonderdruck aus:
Berliner Kundgebung des Deutschen
Juristentages 1952, S. 15-34)
Tübingen 1952
- Weintraud, Gerhard Die Saldotheorie.
Breslau 1931
(zit. Saldotheorie)

- Weirauch-Heinze Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 8. September 1938, mit Allgemeinen Ausführungsbestimmungen.
8. Aufl. Berlin 1962
- Welzel, Hans Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung.
9. Aufl. Berlin 1965
- Westermann, Harry Sachenrecht.
5. Aufl. Karlsruhe 1966
- - Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht.
Münster 1955
(zit. Wesen und Grenzen)
- - Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen.
Heft 11 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft,
Karlsruhe 1954
- - Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht.
Köln-Opladen 1957
- -
- Lepsius, Wolfgang Die sogenannten Auslaufmandate nach dem Aktiengesetz 1965.
In: Neue Juristische Wochenschrift 1966, S. 430 ff.
- Wieacker, Franz Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung.
In: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1943, S. 33 ff.
- - Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.7.1956 - Az. VZR 223/54.
In: Juristenzeitung 1957, S. 61 f.
- - Rezension über: Simitis, Spiros: Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt/M. 1957.
In: Juristenzeitung 1959, S. 382 f.

- Wieacker, Franz Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten.
In: Göttinger Festschrift für das
Oberlandesgericht Celle.
Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Band 40, S.263 ff.
Göttingen 1961
- - Rechtsprechung und Sittengesetz.
In: Juristenzeitung 1961, S.337 ff.
- Windscheid, Bernhard Die Voraussetzung.
In: Archiv für die civilistische
Praxis, Band 78, S. 161 ff.
- Wolff, Hans Julius Verwaltungsrecht I.
6.Aufl. München-Berlin 1965
- - - Verwaltungsrecht II.
2.Aufl. München-Berlin 1967
- Zunft, Friedrich Wie ist das Vorliegen eines echten
Vertrags zugunsten Dritter mit
Schutzwirkung für Dritte festzustellen?
In: Monatsschrift für Deutsches
Recht 1960, S. 543 ff.

A b k ü r z u n g e n

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ArchbürgR	Archiv für bürgerliches Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DAR	Deutsches Auto-Recht
FamRZ	Familienrechtszeitschrift (Ehe und Familie)
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
HaftpflG	Reichshaftpflichtgesetz
JfPG	Jahrbuch des Kammergerichts für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JheringsJ	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OBGNRW	Ordnungsbehördengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
Rdnr.	Randnummer
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB
RGWarn	Die Entscheidungen des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Warneyer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

RKEG	Gesetz über Religiöse Kindererziehung vom 15.7.1921 RGL.1921, S. 539
SchleswHolstOLG	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht
SchlHAz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechts- wissenschaft
ZStW	Zeitschrift für die gesamten Staats- wissenschaften

Inhaltsübersicht

Seite

Kapitel 1 <u>Das Problem</u>	1
Einleitung	1
§ 1 Sozialtypisches Verhalten	1
I. Das Urteil des LG Bremen	1
II. Schrifttum	2
III. Verwandtschaft von sozialtypischem Verhalten und Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen mit öffentlich-rechtlichem Benutzungsverhältnis	4
§ 2 Culpa in contrahendo	5
I. Qualifizierung des Vertrauensverhältnisses als Realakt	6
II. Die Ansicht Canaris'	6
§ 3 Geschäftsführung ohne Auftrag	7
I. Die Entscheidung des LG Aachen	7
II. Schrifttum	8
III. Ansicht Knoches	9
§ 4 Bereicherungsrecht	10
I. Anwendungsbereich der Saldotheorie	10
1. Ansicht des Reichsgerichts und Weintrauds	10
2. Die herrschende Meinung im Schrifttum	10
II. Verschärfte Haftung nach den §§ 819, 292, 989, 990 I, 987 ff. BGB	11
§ 5 Halterhaftung (§§ 833 S.1 BGB, 7 I StVG)	12
I. Ansicht Engelmanns	12
II. Ansicht Hofmanns	12
III. Herrschende Meinung im Schrifttum	13
§ 6 Einbringen (§§ 559, 704 BGB)	14
§ 7 Abhandenkommen (§ 935 BGB)	15
§ 8 Eigentumserwerb durch Eigenbesitzbegründung (§§ 900, 937, 958, 872 BGB)	16
§ 9 Pfandrückgabe (§ 1253 BGB)	17
§ 10 Einwilligung in die Operation	18
I. Ansicht des Bundesgerichtshofs	18
II. Die Ansichten von Boehmer und Gernhuber	19
III. Ansicht Flumes	20
IV. Ansicht Nipperdeys	20

Kapitel 2 <u>Allgemeiner Teil der Untersuchung</u>	21
§ 11 Problemstandorte	21
I. Verbindung der §§ 104 ff. BGB mit rechtsgeschäftlichem Handeln	21
II. Die Wirksamkeit rein tatsächlicher Handlungen	24
1. Natürliche Willensfähigkeit des Unmündigen	24
2. Analoge Anwendung der §§ 827, 828 BGB	25
3. Einsichtsfähigkeit als Grenze des Minderjährigenschutzes	26
III. Das Rangverhältnis zwischen den Prinzipien des Minderjährigenschutzes und des Verkehrsschutzes	27
IV. Wechselbezüglichkeit von Rechten und Pflichten innerhalb einer Rechtsbeziehung	30
V. Zusammenfassung	31
§ 12 Problemlösung	31
I. Methodische Grundlagen	31
1. Begriffsjurisprudenz	31
2. Interessenjurisprudenz	33
a) Wortlaut	33
b) Entstehungsgeschichte	34
c) Interessenlage	34
3. Wertjurisprudenz	36
II. Interpretation der §§ 104 ff. BGB	38
1. Wortlaut	38
2. Entstehungsgeschichte	39
3. Interessenlage	39
a) Anhaltspunkte in den Materialien	39
b) Systematisch-teleologisches Argument	41
aa) Gesetzliche Vertretung durch Eltern als Bestandteil der elterlichen Gewalt	41
bb) Existenz von Vorschriften außerhalb des BGB, die auf Volljährigkeit abstellen	42
cc) Argument aus dem Gleichheitssatz	43
4. Ergebnis zu II	44
III. Einsichtsfähigkeit als Maßstab der Rechtswirksamkeit	45

1. Anwendungsbereich der §§ 827, 828 ff. BGB	45
2. Der Umfang der Schutzbedürftigkeit	46
a) Rechtsgedanke der §§ 104 ff. BGB	46
b) Sinn und Zweck der elterlichen Gewalt	47
3. Das Prinzip der Rechtssicherheit	49
4. Ergebnis zu III	52
IV. Wechselbezüglichkeit von Berechtigung und Verpflichtung	53
V. Zusammenfassung zu § 12	54
Kapitel 3 <u>Lösung der Einzelprobleme</u>	55
§ 13 Culpa in contrahendo	55
I. Pflichten des Unmündigen aus culpa in contrahendo	55
1. Umfang der Pflichten aus culpa in contrahendo im allgemeinen	55
2. Anknüpfungspunkt der Rechtsfolgen	57
a) Ansicht des Reichsgerichts, Sibers und Stolls	57
b) Herrschende Meinung und Dölle	59
c) Stellungnahme	60
aa) Kritik an Dölle	60
bb) Kritik an der herrschenden Meinung	63
cc) Analogie zu § 179 III 2 BGB	66
3. Ergebnis zu I	67
II. Wechselbezüglichkeit von Rechten und Pflichten	67
1. Pflichten aus culpa in contrahendo als Nebenpflichten	68
2. Der Unmündige als potentieller Vertragspartner	69
a) Der Minderjährige als Kunde	70
b) Der Geschäftsunfähige als Kunde	71
3. Ergebnis zu II	73
III. Übertragung des Rechtsgedankens des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auf das vorvertragliche Vertrauensverhältnis	73
§ 14 Sozialtypisches Verhalten	76
I. Verpflichtung des Unmündigen aus sozialtypischem Verhalten	76

1. Argumentation Larenz', Bettis und Essers	76
2. Interessenlage	77
3. Vergleichbare Interessenlagen	80
a) § 568 BGB	81
b) Eisenbahnverkehrsordnung	83
4. Abweichung vom Gesetz bei entscheidender Änderung der tatsächlichen Verhältnisse	87
5. Sozialtypizität	89
6. Ergebnis zu I	90
II. Wechselbezüglichkeit von Rechten und Pflichten	91
1. Zahlungspflicht für Inanspruchnahme der Leistung	92
2. Übertragung des Rechtsgedankens der culpa in contrahendo auf die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge	92
3. Ergebnis zu II	95
III. Rechtsstellung des Unmündigen bei der Inanspruchnahme von Einrichtungen mit öffentlich-rechtlichem Benutzungsverhältnis	96
1. Die Zulassung zur Benutzung als Verwaltungsakt	96
2. Rechtsgedanke der culpa in contrahendo	98
IV. Zusammenfassung zu § 14	99
§ 15 Geschäftsführung ohne Auftrag	100
I. Pflichten aus Geschäftsführung ohne Auftrag	100
II. Rechte aus Geschäftsführung ohne Auftrag	100
1. Gesetzeswortlaut	101
2. Motive	102
3. Interessenlage	104
4. Ergebnis zu II	109
§ 16 Haftung des Unmündigen nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts	110
I. Anwendung der Saldotheorie	110
1. Problemstandort	110
2. Lösungsvorschläge in Rechtsprechung und Literatur	112
3. Stellungnahme	113

a) Sinn und Zweck der §§ 812 ff.BGB	113
b) Sinn und Zweck der Saldotheorie	114
c) Der nichtige Vertrag als Grundlage der Saldotheorie	115
4. Ergebnis zu I	116
II. Verschärfte Haftung gem. §§ 819, 292, 989, 990 Abs.1, 987 ff. BGB	117
1. Leistungskondiktion	117
2. Eingriffskondiktion	120
3. Ergebnis zu II	122
§ 17 Gefährdungshaftung	122
I. Unterscheidung Halter s e i n und w e r d e n	123
II. Begründung der Halterstellung durch den Unmündigen	123
1. Analoge Anwendung der §§ 827,828 ff.BGB	124
2. Versicherbarkeit des Risikos als tra- gendes Element der Gefährdungshaftung	125
3. Anknüpfungspunkt der Gefährdungshaftung	126
a) Gesetzeswortlaut	126
b) Interessenlage	126
c) Vergleichbare Interessenlagen	127
aa) Verkehrssicherungspflicht	127
bb) § 1004 BGB	129
cc) §§ 908, 836 Abs.1 BGB	130
d) Ergebnis zu 3	131
4. Begründung der Halterstellung durch privatwirtschaftliche Betätigung	132
5. Ergebnis zu II	135
§ 18 Einbringen (§§ 559, 704 BGB)	136
§ 19 Abhandenkommen (§ 935 BGB)	139
I. Gesetzeswortlaut	139
II. Motive	140
III. Verbindlichkeit der Motive	140
1. Die Ansicht Hecks	141
2. Die Ansicht des Bundesgerichtshofs	141
3. Stellungnahme	142

a) Interessenlage	142
b) Die Fortgabe der Sache als Besitz- aufgabe	145
c) Ergebnis zu III	149
IV. Ergebnis zu § 19	149
§ 20 Eigentumserwerb durch Eigenbesitzbegründung gem. den §§ 872, 900, 937, 958 BGB	151
I. Eigenbesitzbegründung durch den beschränkt Geschäftsfähigen	151
II. Eigenbesitzbegründung durch den Geschäfts- unfähigen	151
1. Gesetzeswortlaut	151
2. Interessenlage	152
a) § 900 BGB	152
b) § 937 BGB	153
c) § 958 BGB	154
3. Ergebnis zu II	156
§ 21 Pfandrückgabe (§ 1253 BGB)	157
I. Gesetzeswortlaut	157
II. Entstehungsgeschichte	158
III. Interessenlage	158
IV. Ergebnis	160
§ 22 Einwilligung in die Operation	160
I. Die Einwilligung als Willensäußerung	161
II. Kritik an der Ansicht des BGH	161
III. Die Einwilligung als höchstpersönliche Entscheidung	163
1. Die Grenzen des Selbstbestimmungsrechts	164
2. Rechtscharakter der Einwilligung im Vergleich zu § 5 RKEG	165
IV. Ergebnis zu § 22	167
§ 23 Gesamtergebnis	167

Kapitel 1:

Das Problem

Einleitung

Die §§ 104 ff. BGB regeln die rechtliche Wirksamkeit von Willenserklärungen Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger. Offen bleibt die rechtliche Wirksamkeit von Handlungen, an die die Rechtsordnung, unabhängig davon, ob die Rechtsfolgen gewollt sind, Rechtsfolgen knüpft. Entsprechend sind zahlreiche Fälle dieser Art in ihrer rechtlichen Beurteilung heftig umstritten.

§ 1. Sozialtypisches Verhalten

I. Das Urteil des LG Bremen

Das LG Bremen ¹⁾ hatte in seinem Urteil vom 17.8.1966 über die Klage gegen einen 8jährigen zu befinden, der -ohne Wissen seiner Eltern- mit einem bereits entwerteten Sammelkartenabschnitt einen Straßenbahnzug zu einer Spazierfahrt benutzt hatte. Die Entscheidung richtete sich danach, ob der Minderjährige zur Zahlung des Fahrpreises verpflichtet war.

Die Zahlungspflicht wurde aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens bejaht. In Anlehnung an den Bundesgerichtshof ²⁾ verwies das Gericht darauf, daß es bei der Inanspruchnahme von Leistungen des Massenverkehrs auf einen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen nicht ankomme. Maßgebend sei allein die tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung. Infolgedessen dürfe man auch keine Geschäftsfähigkeit verlangen. Im übrigen komme der gesetzgeberische Gedanke der §§ 104 ff. BGB auch deshalb nicht zum Tragen, weil der Gesetzgeber bei der Schaffung des BGB von Verträgen ausgegangen sei, bei denen der Vertragspartner des Minderjährigen die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters als Wirksamkeits-

1) in NJW 1966, S. 2360 ff.

2) BGHZ 21, 319 ff. (333, 334).

erfordernis gekannt habe. Insoweit sei das ihm auferlegte Risiko gerechtfertigt. Dies könne jedoch nicht gelten, wenn sich der Vertragsschluß aufgrund perfektionierter Technik rein mechanisch, d.h. ohne direkten Kontakt mit dem Minderjährigen vollziehe.

II. Schrifttum

Das LG Bremen kann sich im Schrifttum u.a. auf Haupt¹⁾, Larenz²⁾ und Simitis³⁾ stützen. Auch sie be-
fürworten die Ausdehnung der Lehre vom sozialtypischen Verhalten auf den Unmündigen.⁴⁾ Larenz läßt sich dabei von der Erwägung leiten, daß man dem Schutzzweck der §§ 104 ff. BGB in weit höherem Maße gerecht werde, wenn man keine Geschäftsfähigkeit verlange. Denn dann habe der Unmündige im Falle eines Unfalls, z.B. bei Benutzung einer Straßenbahn, vertragliche Schadensersatzansprüche.⁵⁾ Der Unternehmer hafte gemäß § 278 BGB für ein Verschulden des Gehilfen. Schadensersatzansprüche gegen ihn könnten nicht mehr mit § 831 I S. 2 BGB ausgeschlossen sein⁶⁾. Als weiteres Argument führt man an, daß in der Inanspruchnahme einer Leistung der Daseinsvorsorge keine Willenserklärung gesehen werden könne⁷⁾. Simitis⁸⁾ führt dies auf die völlige "Verdinglichung"

1) Haupt in Festschrift für Siber II, S. 1-37 (31).

2) Larenz, Schuldrecht I, § 4 II; Allgemeiner Teil, § 34 II, S. 519.

3) Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, S. 523 ff. (529).

4) Ebenso Betti, Festschrift für Heinrich Lehmann, I, S. 253 ff. (267); Esser, AcP Band 157, S. 86 ff. (96f.); Bärmann, Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, S. 29; Merkel, Die faktischen Vertragsverhältnisse und das Problem der Geschäftsfähigkeit, S. 93, 95; Bender, Allg. Verwaltungsrecht, S. 149 f.

5) Larenz, Allgemeiner Teil, § 34 II, S. 519; derselbe, Schuldrecht I, § 4 II, S. 35, Fußnote 2. (8. Auflage)

6) Vgl. auch Haupt, aaO., S. 21, Fußnote 48.

7) Larenz, NJW 1956, S. 1899; Simitis, aaO., S. 471 ff., S. 523 ff.

8) Simitis, aaO., S. 523 ff., 529.

und "Entpersönlichung" der Leistungsbeziehungen zurück. Infolgedessen sei auch kein Raum für eine Anwendung der §§ 104 ff. BGB. Im übrigen ist es nach Haupt¹⁾ auch mit dem Interesse des Rechtsverkehrs an reibungsloser Abwicklung der Leistungsverhältnisse unvereinbar, wenn bei der Inanspruchnahme der Leistungen jeweils die Geschäftsfähigkeit des Benutzers geprüft werden muß.

Larenz²⁾ wendet die Lehre vom sozialtypischen Verhalten allerdings nicht uneingeschränkt auf den Unmündigen an. Nach ihm soll dieser nur insoweit verpflichtet werden, als er die Fähigkeit zur Einsicht in die sozialtypische Bedeutung seines Verhaltens besitzt.

Die aufgezeigten Problemlösungen haben im Schrifttum Kritik hervorgerufen. Es werden Einwendungen gegen die Lehre vom sozialtypischen Verhalten gemacht³⁾. Nach Fikentscher⁴⁾ lassen sich die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge dem herkömmlichen Vertragsbegriff unterordnen. Wieacker⁵⁾ bezeichnet die tatsächliche Inanspruchnahme von Massenverkehrsmitteln als geradezu typischen Fall einer Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten. Insbesondere wendet man sich aber auch gegen die Ausdehnung der Lehre auf den Unmündigen⁶⁾. Medicus⁷⁾

1) Haupt, aaO., S.31; ebenso Betti, aaO., S. 267.

2) Larenz, Schuldrecht I, § 4 II a.E.; derselbe, NJW 1956, S.1899; im Anschluß an Larenz auch das LG Bremen in NJW 1966, S.2360 ff.

3) Wieacker, Festschrift für OLG Celle, S.263 ff.; Flume, Rechtsgeschäft, § 8, 2 (S.97-100); derselbe, Festschrift Dt.Juristentag I, S. 135-238 (184-186); Fikentscher, Schuldrecht § 18, III, Anm. 3 ff.; Staudinger-Kaduk, Einl. zu § 305, Rdnr. 98 ff.; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse; Lehmann, NJW 1958, S. 1 ff.

4) Fikentscher, aaO., § 18 III, Anm.4c; vgl. auch Siebert, aaO., S. 22.

5) Wieacker, aaO., S. 269 f., S. 273.

6) Fikentscher, aaO., § 18 III 5 a; Flume, Rechtsgeschäft, § 8, 2, S.100; Siebert, aaO., S.36; Mezger, NJW 1967, S.1740 f.; Berg, MDR 1967, S.448 f.; Medicus, NJW 1967, S. 354 f.

7) Medicus, aaO.

nimmt zum Urteil des LG Bremen Stellung. Er weist darauf hin, daß es auch schon bei Schaffung des BGB Großbetriebe wie Straßen- und Eisenbahnen gegeben habe. Der Gesetzgeber habe also das sich für diese Betriebe aus den §§ 104 ff. BGB ergebende Risiko gesehen und bewußt nur durch die Deliktsvorschriften begrenzt. Zur Begründung verweist er auf die Motive¹⁾. Im Anschluß an Flume²⁾ meint er weiter, man könne nicht öffentliche Unternehmen stärker schützen als private. Eine Rationalisierung auf Kosten des Minderjährigen sei nicht gewollt. Der Minderjährigenschutz habe deshalb Vorrang vor dem Grundsatz, daß jede geldwerte Leistung bezahlt werden muß³⁾.

Neuerdings will auch Larenz⁴⁾ die Lehre vom sozialtypischen Verhalten wohl nur noch zugunsten des Minderjährigen angewandt wissen. Der Geschäftsunfähige soll nicht mehr verpflichtet werden, wohl aber Schadensersatzansprüche haben.

III. Verwandtschaft von sozialtypischem Verhalten und Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen mit öffentlich-rechtlichem Benutzungsverhältnis

Eine ähnliche Problematik wie in den Fällen des sozialtypischen Verhaltens taucht auf, wenn die Leistung einer Anstalt nicht wie im Fall des LG Bremen auf privatrechtlicher, sondern auf öffentlich-rechtlicher Grundlage in Anspruch genommen wird. Es wird allgemein die Auffassung vertreten⁵⁾, der Antrag auf Zulassung zur Benutzung der Anstalt erfordere keine Geschäftsfähigkeit. Die Zulassung begründe für den Minderjährigen ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis mit

1) Motive I, S. 131 ff. (141).

2) Flume, Rechtsgeschäft, § 8, 2. S. 100.

3) Vgl. Mezger, NJW 1967, S. 1740.

4) Larenz, Schuldrecht I, § 4 II a.E., S.35 Fußnote 2 (8. Aufl. 1967).

5) Vgl. Schneider in NJW 1962, S. 705 ff. (S.708); Bender, Allg. Verwaltungsrecht, S.149 f.

den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten. Eine nähere Erklärung dieser Ansicht wird nicht gegeben. Schneider¹⁾ begnügt sich mit der Feststellung, es gebe im öffentlichen Recht keine starren Regeln für die Geschäftsfähigkeit. "Die Grenze selbstverantwortlichen Handelns" bestimme "sich nach Sinn und Zweck einer Rechtseinrichtung". Wenn die Gemeinde schon Zuschußbetriebe errichte, könne ihr nicht auch noch das im Rechtsverkehr mit Minderjährigen liegende Risiko angelastet werden.

Entgegengesetzte Stellungnahmen zu diesem Problem sind in der Literatur des öffentlichen Rechts nicht zu finden. Immerhin betont Forsthoff²⁾, daß die §§ 104 ff. BGB grundsätzlich auch im Verwaltungsrecht anzuwenden seien.

Wenn man aber für ein rechtswirksames sozial-typisches Verhalten Geschäftsfähigkeit fordert, wird auch der Verzicht auf die Geschäftsfähigkeit bei öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen zweifelhaft. So bemerkt Bender³⁾, daß die Frage, ob für die Inanspruchnahme von Anstaltsleistungen Geschäftsfähigkeit erforderlich sei, für öffentlich-rechtlich und privatrechtlich geregelte Benutzungsverhältnisse einheitlich beurteilt werden müsse⁴⁾.

§ 2. Culpa in contrahendo

Ebenfalls in das Thema "Geschäftsfähigkeit und nicht rechtsgeschäftliche Willensäußerungen" reicht die Frage nach den Rechten und Pflichten des Unmündigen im Rahmen der culpa in contrahendo.

1) Schneider, aaO.

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, § 10, 2, S.174.

3) Bender, aaO., S.149 f.

4) Vgl. auch Haupt, Festschrift für Siber II, S. 25 f. (26), der darauf verweist, daß "in ihrer gemeinsamen Aufgabe der sozialen Daseinsvorsorge die in obrigkeitlichen Formen gewährte Anstaltsbenutzung und das von den Regeln des Vertragsrechts bestimmte Leistungsverhältnis einander weitgehend angenähert" sind.

I. Qualifizierung des Vertrauensverhältnisses als Realakt

In der Rechtsprechung¹⁾ und im Schrifttum²⁾ besteht heute weitgehend Einigkeit darüber, daß die Haftung aus culpa in contrahendo unabhängig von einem auf sie gerichteten Parteiwillen kraft Gewohnheitsrechts eintritt. Die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder eines geschäftlichen Kontakts sei kein Rechtsgeschäft. Larenz³⁾ bezeichnet sie vielmehr als **Realakt**. Die Haftung beruhe nicht "wie das Schuldverhältnis auf sozialtypischem Verhalten auf einem immerhin vertragsähnlichen Zustand, sondern allein auf dem objektiven Recht, letzten Endes auf dem Prinzip von Treu und Glauben."

Wenn Larenz aber dem Willensmoment im Rahmen der culpa in contrahendo ebensowenig Bedeutung beimißt wie beim sozialtypischen Verhalten, so müßte er -folgt man seiner Argumentation zum sozialtypischen Verhalten- zu dem Ergebnis kommen, daß der Minderjährige und Geschäftsunfähige auch das "gesetzliche Schuldverhältnis"⁴⁾ der culpa in contrahendo mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten begründen können.

II. Die Ansicht Canaris'

Gegen eine derartige Schlußfolgerung hat sich jedoch Canaris⁵⁾ ausgesprochen. Er stellt die Frage nach dem Rangverhältnis zwischen dem Prinzip des Minderjährigenschutzes und dem die Haftung aus culpa in contrahendo rechtfertigenden Vertrauensgedanken an den

1) Vgl. BGHZ 6, 333 f.;

2) Larenz, Schuldrecht I, § 4 V, 1; derselbe, Methodenlehre, S. 315 ff.; Siebert-Reimer Schmidt, vor § 275, Rdnr. 3 ff.; Fikentscher, Schuldrecht, § 20 III; Palandt-Danckelmann, § 242, Anm. 5; Canaris, NJW 1964, S. 1987 ff.

3) Larenz, Schuldrecht I, § 4 V 1.

4) BGHZ 6, 333.

5) Canaris in NJW 1964, S. 1987 ff. (1988); vgl. auch Erman-Westermann, vor § 104, Anm. 5.

Anfang seiner Untersuchung. Der Gesetzgeber habe sich eindeutig für die Vorrangigkeit des Minderjährigen-schutzes entschieden. Dies komme einmal darin zum Ausdruck, daß der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit nicht geschützt werde und der Geschäftsunfähige und der beschränkt Geschäftsfähige keinen wirksamen Rechts-schein setzen könnte. Zum anderen habe der Gesetzgeber in § 179 Abs. 3, Satz 2 BGB zum Ausdruck gebracht, daß der beschränkt Geschäftsfähige nicht für die Gewährung von Vertrauen einzustehen habe. Pflichten aus culpa in contrahendo könnten sich für den Unmündigen demnach nicht ergeben. Jedoch sollten ihm die sich aus der culpa in contrahendo ergebenden Rechte erhalten bleiben. Wenn bei Verträgen Minderjähriger mit den Pflichten auch die Rechte entfielen, so sei dies auf das Abhängigkeitsverhältnis von Leistung und Gegenleistung zurückzuführen. Bei der culpa in contrahendo rechtfertigten sich jedoch die Pflichten der Parteien allein aus dem Vertrauensverhältnis.

§ 3. Geschäftsführung ohne Auftrag

Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag sind die Pflichten des Geschäftsunfähigen oder des in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Geschäftsführers gesetzlich geregelt. § 682 BGB begrenzt seine Haftung auf die Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung. Strittig ist aber, ob der Minderjährige Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, insbesondere aus §§ 683, 670 BGB, herleiten kann.

I. Die Entscheidung des LG Aachen

Das LG Aachen¹⁾ verneint Aufwendungsersatzansprüche des Unmündigen aus Geschäftsführung ohne Auf-

1) in NJW 1963, S. 1252 ff.

trag. Die Geschäftsführung als solche sei zwar kein Rechtsgeschäft, da der Rechtserfolg kraft Gesetzes unabhängig von einem auf ihn gerichteten Willen eintrete. Es handele sich aber um eine geschäftsähnliche Handlung, auf die die §§ 104 ff., 107 BGB entsprechend anzuwenden seien. Da nun die Geschäftsführung nicht nur Vorteile, sondern auch Nachteile mit sich bringe, entstehe das gesetzliche Schuldverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag bei Handlungen eines Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht. Eine Aufspaltung der Wirksamkeit der Geschäftsführung nach Rechten und Pflichten des Minderjährigen sei auch aus Gründen der Rechtssicherheit nicht vertretbar.¹⁾

II. Schrifttum

Das LG Aachen kann sich im Schrifttum u.a. auf Nipperdey²⁾ und Esser³⁾ stützen⁴⁾. Nipperdey begründet seine Ansicht noch durch einen Hinweis auf die §§ 682, 812 BGB. Nähme man trotz Geschäftsunfähigkeit des Geschäftsführers das Vorliegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag an, so entfielen die Voraussetzungen für den Anspruch aus den §§ 812 ff. BGB -ohne Rechtsgrund-, auf die in § 682 BGB verwiesen werde.

Die wohl überwiegende Meinung in der Literatur⁵⁾ spricht sich jedoch für Ansprüche (§ 683 BGB) des un-

1) LG Aachen, aaO., S. 1253.

2) Staudinger-Nipperdey, § 682, Rdnr. 1, 4, 10.

3) Esser, Schuldrecht, § 183, 5.

4) Ebenso auch Erman-Hauß, § 682, Anm. 2 b (3. Aufl.

1962); Palandt-Gramm, § 682, Anm. 1.

5) Canaris, NJW 1964, S. 1987 ff. (1988/89); Dorn, NJW 1964, S. 799 ff. (801 f.); Schulien, NJW 1963, S. 1878 ff.; Staudinger-Coing, § 107, Rdnr. 9; Larenz, Schuldrecht II, § 53 I a a.E.; RGRK, Krüger-Nieland, § 104, Anm. 4; dieselben, § 107, Anm. 8; Erman-Hauß, § 682, Anm. 2; Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 495/496.

mündigen Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn aus. Sie vertritt die Ansicht, die Geschäftsführung ohne Auftrag erfordere kein rechtsgeschäftliches, sondern nur ein tatsächliches Handeln. Daraus zieht man den Schluß, die §§ 104 ff. BGB seien nicht anwendbar. Das Gegenteil lasse sich auch nicht mit den §§ 682, 812 BGB begründen. § 682 BGB sei lediglich eine haftungsbegrenzende Norm zugunsten des Minderjährigen. Die Pflichten und Rechte des Geschäftsführers gemäß §§ 677, 683 BGB blieben unberührt. Die Verweisung auf § 812 BGB sei keine Tatbestands-, sondern eine Rechtsfolgenverweisung¹⁾. Im übrigen stehe eine Anwendung der §§ 104 ff. BGB auf die Geschäftsführung ohne Auftrag auch in Widerspruch zu dem in ihnen zum Ausdruck kommenden vorrangigen Prinzip des Minderjährigenschutzes. Würde beispielsweise ein Minderjähriger einen Ertrinkenden retten, so könne er in der Regel Ersatz für verdorbene Kleidungsstücke oder Verletzungen nur aus Geschäftsführung ohne Auftrag bekommen; denn die §§ 812 ff. BGB griffen nicht ein. Die deliktische Haftung entfalle häufig mangels Verschuldensnachweises.

III. Ansicht Knoches

Knoche²⁾ macht noch einen gesonderten Vorschlag. Er will dem Minderjährigen zwar auch die Rechte aus Geschäftsführung ohne Auftrag zugestehen, aber dieser dürfe nicht besser stehen als ein Geschäftsfähiger. Infolgedessen könne sich der Geschäftsherr einredeweise auf seine Forderungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag berufen, wenn der Geschäftsunfähige seine Ansprüche geltend mache. Dieser Grundsatz komme im Gesetz in den §§ 273, 274, 320, 322, 387 BGB zum Ausdruck.

1) So auch RGZ 81, 205 f.

2) in MDR 1964, S. 193 ff. (195).

§ 4. Bereicherungsrecht

Weitere Probleme stellen sich bei der Inanspruchnahme des Unmündigen aus den §§ 812 ff. BGB.

I. Anwendungsbereich der Saldotheorie

Gemäß den §§ 812, 818 BGB hat der Unmündige die an ihn im Rahmen eines unwirksamen Vertrages erbrachten Leistungen herauszugeben, soweit er bereichert ist. Ist die Bereicherung fortgefallen, so ergibt sich die Frage, ob der Anspruch des Nichtvolljährigen auf Rückgabe der dem Partner erbrachten Leistung nach der Saldotheorie begrenzt werden kann.

1. Ansicht des Reichsgerichts und Weintrauds

Das Reichsgericht¹⁾ und Weintraud²⁾ wenden die Saldotheorie auch auf den Unmündigen an. Weintraud begründet dies mit dem Schutzbedürfnis des redlichen Verkehrs vor dem unerkennbar Geschäftsunfähigen. Er sieht darin sogar das Hauptmotiv für die Entwicklung der Saldotheorie.

2. Die herrschende Meinung im Schrifttum

Die heute weitaus herrschende Meinung³⁾ lehnt dagegen die Anwendung der Saldotheorie auf den Nichtvolljährigen ab. Die Saldotheorie sei eine von der Rechtsprechung lediglich aus Billigkeitsgründen vorgenommene Gesetzeskorrektur. Ihre Anwendung müsse unter-

1) RGZ 32, 319; 86, 343 ff. (344, 346); 163, 348; RG in JW 1918, S. 132.

2) Weintraud, Die Saldotheorie, S. 104.

3) Flume, Rechtsgeschäft, § 13, 7 e; derselbe, Festschrift für Niedermeyer, S. 174; Enneccerus-Nipperdey, § 152, II 5, Fußnote 19; v. Tuhr II 1, S. 358; Larenz, Schuldrecht I, § 25 II b a.E.; v. Caemmerer, Festschrift für Rabel I, S. 387; Pawlowski, JuS 1967, S. 302 ff.; Blomeyer, AcP Band 154, S. 543; im übrigen auch schon das Reichsgericht in JW 1917, S. 465 = RG in Gruchot Band 61, S. 645; = RGWarn 1918, Nr. 70.

bleiben, wenn ein vorrangiger Grundsatz der Rechtsordnung, wie der des Minderjährigenschutzes, beeinträchtigt werde¹⁾.

II. Verschärfte Haftung nach den §§ 819, 292, 298, 299 I, 297 ff. BGB

Problematisch ist weiter, ob der Unmündige nach den §§ 819, 292, 298, 299 I, 297 ff. BGB verschärft haftet, wenn er eine Leistung trotz Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit entgegennimmt und verbraucht.

Dies wird in der Literatur²⁾ bezüglich des Minderjährigen teilweise bejaht, und zwar auf Grund einer analogen Anwendung des § 828 BGB. Der beschränkt Geschäftsfähige sei bösgläubig i.S. des § 819 BGB, wenn er genügend einsichtsfähig sei, die Rechtsgrundlosigkeit des Leistungsempfanges und die sich daraus ergebende Verpflichtung zur Herausgabe des Erlangten zu erkennen. Nipperdey³⁾ rechtfertigt dieses Ergebnis noch mit dem Hinweis, daß es sich bei der Haftung aus § 819 BGB nicht um die Folgen eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Verhaltens handle, sondern um eine Haftung kraft Gesetzes. Infolgedessen seien §§ 104 ff. BGB nicht anwendbar.

Nach anderer Auffassung⁴⁾ ist eine verschärfte Haftung des Unmündigen gem. § 819 BGB zu verneinen. Sie widerspreche dem Zweck der §§ 104 ff., 107 BGB, den Unmündigen vor rechtlichen Nachteilen zu schützen. Denn

1) Vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 25 II b.

2) Enneccerus-Nipperdey, § 151 II 1a, FuBn.7; Flume, Rechtsgeschäft, § 13, 7e; Fikentscher, Schuldrecht, § 18, III 5a; Staudinger-Lechner, § 819 Rdnr. 7; v. Tuhr II 1, S. 365; Weintraud, Saldotheorie, S. 6; Boehmer, MDR 1959, S. 706.

3) Enneccerus-Nipperdey, § 151 II 1 a, Fußnote 7.

4) Staudinger-Coing, § 105 Rdnr. 13; Larenz II, § 64 II S. 396; Enneccerus-Lehmann, § 227 V 1 b; Palandt-Gramm, § 819 2 c JW 1917 S. 465 = RGWarn. 1918 Nr. 70; OLG Hamm, NJW 1966 S. 2357.

eine Anwendung von § 819 BGB führe im Ergebnis dazu, daß dem Minderjährigen die Vertragspflichten auferlegt würden, deren Eintritt der Gesetzgeber mit den §§ 104, 107 BGB gerade habe ausschließen wollen.

§ 5. Halterhaftung (§§ 833 S.1 BGB, 7 I StVG)

Gemäß den §§ 833 S.1 BGB, 7 I StVG ist der Halter eines Tieres bzw. Fahrzeugs schadensersatzpflichtig, wenn durch das Tier oder bei dem Betrieb des Fahrzeugs ein Mensch verletzt oder eine Sache beschädigt wird. Die Haftung ist vom Verschulden des Halters unabhängig.

Einigkeit besteht darüber, daß auch der Geschäfts- und Verschuldensunfähige Halter s e i n kann¹⁾. Strittig ist, ob der Unmündige ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters Halter w e r d e n kann.

I. Ansicht Engelmanns

Nach Engelmann²⁾ kann auch der Nichtvolljährige Halter werden. Die Haltereigenschaft werde durch ein rein tatsächliches, nicht rechtliches Verhältnis zur Sache begründet³⁾. Die §§ 104 ff. BGB seien daher nicht anwendbar.

II. Ansicht Hofmanns

Hofmann⁴⁾ will den Minderjährigen analog § 828 BGB Halter werden lassen, wenn er die erforderliche Einsichtsfähigkeit besitzt⁵⁾. Verhalte sich ein Minderjähriger so, daß eine Haftungsgefahr drohe, so komme

-
- 1) Floegel-Hartung, Straßenverkehrsrecht, § 7 StVG, Anm.19; Siebert-Schröder, § 833, Rdnr.16; RGRK, Kreft, § 833, Anm.6; Erman-Drees, § 833, Anm. 5 a; Larenz II, § 71 II; Esser, Grundlagen, S. 111.
 - 2) Engelmann bei Staudinger (9.Aufl.), § 833, Anm.5 e.
 - 3) So auch die einhellige Meinung des Schrifttums, vgl. Erman-Drees, § 833, Anm.5a; RGRK, Kreft, § 833, Anm. 6; Palandt-Gramm, § 833, Anm. 4.
 - 4) Hofmann, NJW 1964, S. 228 ff. (233).
 - 5) So auch Palandt-Gramm, § 833, Anm. 4 im Anschluß an Hofmann; ebenso Oertmann, § 833, Anm. 3 f.

es nach dem Rechtsgedanken der §§ 827, 828 ff. BGB stets auf die Einsichtsfähigkeit an. Soweit es an der Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen fehle, sei § 829 BGB entsprechend anzuwenden. Dies sei unbedenklich, da die Gefährdungshaftung selbst auf Billigkeitserwägungen beruhe. Sie diene dazu, den entstandenen Schaden sozial gerecht zu verteilen. Eine entsprechende Anwendung der §§ 104 ff. BGB lehnt Hofmann u.a. mit dem Hinweis ab, daß sie zu praktisch nicht vertretbaren Ergebnissen führe; denn dann könne beispielsweise ein 20jähriger Sportwagenfahrer oder Tierhalter nicht in Anspruch genommen werden¹⁾.

III. Herrschende Meinung im Schrifttum

Die weitaus herrschende Meinung im Schrifttum²⁾ fordert mit Rücksicht auf die an das Halterverhältnis geknüpften nachteiligen Rechtsfolgen die entsprechende Anwendung der §§ 104 ff. BGB. Der Unmündige soll ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht Halter werden können. Canaris³⁾ führt als Begründung zwei Gesichtspunkte an: Einmal sei Grundlage der Gefährdungshaftung die Eröffnung der Gefahrenquelle; zum anderen sei die Versicherbarkeit des Risikos ein tragendes Element. Hieraus ergebe sich, daß die Gefährdungshaftung an das Vorliegen subjektiver Zurechnungsfähigkeit anknüpfe. Diese aber fehle dem Unmündigen. Er könne sich nicht durch den Abschluß eines Versicherungsver-

1) Hofmann, aaO., S. 232.

2) Canaris, NJW 1964, S. 1987 ff.; Planck, § 833, Anm. 3 e; Siebert-Schräder, § 833, Rdnr. 16; Erman-Drees, § 833, Anm. 5 a; Larenz II, § 71 II; RGRK, Krefl, § 833, Anm. 6; Enneccerus-Lehmann, § 253 VII a.E. (allerdings soll nach Lehmann der Geschäftsunfähige nur dann nicht Halter werden, wenn er die Sache durch Rechtsgeschäft erworben hat).

3) Canaris in NJW 1964, S. 1990 f.

trages schützen, infolgedessen könne er analog §§ 104 ff. BGB auch nicht Halter werden¹⁾.

§ 6. Einbringen (§§ 559, 704 BGB)

Häufig knüpft das Gesetz auch an besitzrechtliche Handlungen oder Stellungen Rechtsfolgen, unabhängig davon, ob ein diesbezüglicher Wille vorgelegen hat. Auch hier stellt sich somit das Problem, ob die Handlungen rechtswirksam von einem Nichtvolljährigen vorgenommen werden können.

Gemäß den §§ 559, 704 BGB entsteht an den eingebrachten Sachen des Mieters oder Gastes kraft Gesetzes ein Vermieter- oder Gastwirtpfandrecht. Willensmängel des Einbringenden hinsichtlich der Entstehung des Pfandrechts sind unbeachtlich²⁾.

Das Reichsgericht³⁾ und ein Teil des Schrifttums⁴⁾ vertreten die Auffassung, daß ein wirksames Einbringen keine Geschäftsfähigkeit des Handelnden voraussetze. Die Einbringung sei ein rein tatsächlicher Akt, ein Realakt, der nur natürliche Willensfähigkeit erfordere. Diese besitze aber auch der Geschäftsunfähige.

Von anderer Seite⁵⁾ wird hervorgehoben, daß das Einbringen immerhin eine Willenshandlung sei. Der Geschäftsunfähige sei aber schlechthin willensunfähig. Infolgedessen könne nur der beschränkt Geschäftsfähige

1) Canaris aaO., S. 1991 f., bejaht eine Haftung des Minderjährigen, wenn trotz Geschäftsunfähigkeit ein wirksamer Versicherungsschutz besteht.

2) Vgl. Palandt-Gramm, § 559 Anm. 2; Mittelstein, *Miete*, § 90, 2.

3) RGZ 132, 120.

4) Larenz I, § 44 V; Staudinger-Nipperdey, § 701, Rdnr. 19; Esser, § 121, 2 f.; Klein, *Rechtshandlungen*, S. 31; Manigk, *Rechtswirksame Verhalten*, S. 486.

5) Mittelstein, *Miete*, § 90, 2, S. 535; Staudinger-Kiefersauer, § 559, Rdnr. 17; Erman-Schopp, § 559 Anm. 3.

rechtswirksam einbringen.

Nach Flume¹⁾ und Erdsiek-Mühl²⁾ stellt die Einbringung eine geschäftsähnliche Handlung dar. Da sie rechtliche Nachteile mit sich bringe, sei Geschäftsfähigkeit des Handelnden zu fordern. Somit könne auch der Minderjährige ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eine Sache nicht wirksam einbringen.

§ 7. Abhandenkommen (§ 935 BGB)

Gemäß den §§ 929, 932 ff. BGB verliert der Eigentümer einer beweglichen Sache sein Eigentum, ohne selbst eine entsprechende Verfügung vorgenommen zu haben. Ausreichend ist, daß er einem Dritten den Besitz an der Sache eingeräumt hat. Der gutgläubige Erwerb ist gem. § 935 Abs. 1 BGB lediglich dann ausgeschlossen, wenn die Sache dem Eigentümer abhandengekommen war.

Inwieweit auch ein Unmündiger gem. den §§ 929, 932 ff. BGB sein Eigentum verlieren kann, ist umstritten.

Die herrschende Meinung in Rechtsprechung³⁾ und Literatur⁴⁾ wertet die durch den Geschäftsunfähigen fortgegebene Sache als abhandengekommen, nicht dagegen die Fortgabe seitens des Minderjährigen. Als Begründung wird angeführt, daß die Fortgabe einer beweglichen Sache nur einen tatsächlichen, nicht aber rechtsgeschäftlichen Willen voraussetze. Willensfähig

1) Flume, Rechtsgeschäft, § 13, 11 d.

2) Siebert-Erdsiek-Mühl, § 559, Rdnr. 19; dieselben, aber genau entgegengesetzter Ansicht beim Gastwirtpfandrecht (vgl. § 701, Rdnr. 8).

3) OLG Hamburg, OLGE 43, 225.

4) Westermann, Sachenrecht, § 49 I 3; Ermann-Westermann, § 935, Anm. 2; Staudinger-Berg, § 935, Rdnr. 8; Siebert-Oechsler, § 935, Rdnr. 2; Fuld, AcP Bd. 89, S. 402 ff. (406).

in diesem Sinne sei der beschränkt Geschäftsfähige. Der Geschäftsunfähige hingegen sei als Willensunfähiger nicht in der Lage, freiwillig den Besitz aufzugeben und den Rechtsschein der Eigentumsaufgabe zu setzen.¹⁾ Infolgedessen müsse die Fortgabe durch ihn auch als abhandengekommen angesprochen werden.

Baur²⁾ kommt zu dem gleichen Ergebnis. Er macht allerdings eine Einschränkung. Nach ihm muß der beschränkt Geschäftsfähige die nötige Einsicht in die Bedeutung der Besitzweggabe haben, wenn sie nicht als abhandengekommen gewertet werden soll.

Nach Flume³⁾ und Canaris⁴⁾ ist auch die durch den Minderjährigen fortgegebene Sache als abhandengekommen anzusehen⁵⁾. Beide begründen dies mit der absoluten Vorrangigkeit des Minderjährigenschutzes gegenüber dem Verkehrsschutz. Der Unmündige sei nach dem Grundgedanken der §§ 104 ff. BGB generell vor rechtlichen Nachteilen zu schützen. Von Tuhr⁶⁾ kommt zum gleichen Ergebnis. Er meint, daß die Besitzaufgabe als Willensäußerung stets Geschäftsfähigkeit erfordere.

§ 8. Eigentumserwerb durch Eigenbesitzbegründung (§§ 900, 937, 958, 872 BGB)

Nach den §§ 900, 937, 958, 872 BGB kann Eigentümer einer beweglichen Sache oder eines Grundstückes werden, wer die Sache als ihm gehörend besitzt.

Die wohl herrschende Meinung⁷⁾ will die §§ 900,

- 1) Vgl. Westermann, Sachenrecht, § 49 I 3.
- 2) Baur, Sachenrecht, § 52 V 2b aa.
- 3) Flume, Rechtsgeschäft, § 13, 11 d, S. 216.
- 4) Canaris in NJW 1964, S. 1988, Fußnote 12.
- 5) So auch Endemann, Sachenrecht, § 81, 4a.
- 6) v. Tuhr II 1, S. 361.
- 7) BVerwG in MDR 1957, S. 634 Nr. 64; Staudinger-Seufert, § 872, Rdnr. 7; Staudinger-Berg, § 937, Rdnr. 1; RGRK, Kregel, § 872, Anm. 1-4; Erman-Hefermehl, § 937, Anm. 3; Westermann, Sachenrecht, § 58 IV; derselbe, § 51 II 1 i. V. mit § 12 II; Erman-Westermann, § 872, Anm. 1, 4.

937, 958, 872 BGB auch auf den Geschäftsunfähigen angewandt wissen. Entscheidend sei, daß der Eigenbesitz nur ein tatsächliches Verhältnis zur Sache enthalte. Zur Begründung eines rein tatsächlichen Verhältnisses aber reiche der natürliche Besitzwille; eine rechtsgeschäftliche Äußerung sei nicht erforderlich.¹⁾ Infolgedessen könne auch der Geschäftsunfähige Eigentum gem. den §§ 900, 937, 958 BGB erwerben.

Nach Manigk²⁾ soll der Geschäftsunfähige hingegen nicht Eigentümer gem. §§ 900, 937, 958 BGB werden können.³⁾ Tatbestandsmerkmal der gesetzlichen Tatbestände sei der auf den Eigentumserwerb gerichtete Wille. Infolgedessen sei der Eigentumserwerb durch Eigenbesitzbegründung auch als rechtsgeschäftlicher Erwerb anzusehen, zu dessen Vornahme ein Geschäftsunfähiger nicht fähig sei.

Die Aneignung (§ 958 BGB) wird auch in der übrigen Literatur⁴⁾ vielfach als Rechtsgeschäft angesprochen. Sie sei daher dem Geschäftsunfähigen nicht möglich.

§ 9. Pfandrückgabe (§ 1253 BGB)

Nach § 1253 BGB erlischt mit der Rückgabe einer Sache durch den Pfandgläubiger das Pfandrecht. Ein auf diesen Rechtserfolg gerichteter Wille braucht nicht vorhanden zu sein⁵⁾.

1) Vgl. RGRK, Kregel, § 872, Anm. 3; Staudinger-Seuffert, § 872, Rdnr. 7.

2) in ArchBürgR Bd. 25, S. 316 ff. (324).

3) So im Ergebnis auch Flume, Rechtsgeschäft, § 9 2a bb, ohne dafür allerdings eine nähere Begründung zu geben.

4) Staudinger-Berg, § 958, Rdnr. 3 u. 15; Süß, AcP Bd. 151, S. 17, Fußnote 21; RGRK, Johannsen, § 958, Anm. 2; Enneccerus-Nipperdey, § 145, II A 3.

5) Vgl. RGSt 48, 244.

Die Überwiegende Meinung¹⁾ spricht sich gegen eine Ausdehnung des § 1253 BGB auf Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige aus. Die entsprechende Anwendung der §§ 104 ff. BGB wird mit dem Rechtscharakter der Rückgabe als Rechtsgeschäft bzw. rechtsgeschäftsähnliche Handlung begründet.²⁾ Westermann³⁾ betrachtet die Rückgabe zwar als "rein besitzrechtliche" Handlung; jedoch erfordere sie als "freiwillige bewußte Rückgängigmachung" des Pfandbesitzes Geschäftsfähigkeit.

Ebenso wie Westermann bezeichnen auch Augustin⁴⁾ und Brodmann⁵⁾ die Rückgabe als rein besitzrechtliche Handlung. Hieraus schließen sie aber im Gegensatz zu Westermann, daß sie auch von Geschäftsunfähigen rechtswirksam vorgenommen werden könne. Denn als rein besitzrechtliche Handlung verlange sie nur die natürliche Willensfähigkeit, die auch der Geschäftsunfähige besitze.

§ 10. Einwilligung in die Operation

Ebenfalls in das Thema reicht die Diskussion hinein, die sich mit der Frage der Wirksamkeit der Einwilligung eines Minderjährigen in eine Operation beschäftigt.

I. Ansicht des Bundesgerichtshofs

In seinem Urteil vom 5.12.1958 hatte der BGH⁶⁾

- 1) Westermann, Sachenrecht, § 132 III, 4; Staudinger-Spreng, § 1253, Rdnr. 5; Schmidt in AcP Bd. 134, 1 ff. (68); Endemann, Sachenrecht, § 141, 3; Enneccerus-Nipperdey, § 137 IV 2 a, Fußnote 15 und 2a v. Tuhr, II 1, § 59 X 2; Klein, Rechtshandlungen, S. 98, Fußnote 166.
- 2) Endemann, aaO.; Nipperdey, aaO.; Spreng, aaO.; Klein, aaO.
- 3) Westermann, Sachenrecht, § 132 III 4.
- 4) Siebert-Augustin, § 1253, Rdnr. 2.
- 5) Planck-Brodmann, § 1253, Anm. 1 (4. Aufl.). A.A. allerding's Planck-Flad, § 1253, Anm. 1 b (5. Aufl.).
- 6) BGHZ 29, 33-37.

folgenden Fall zu entscheiden: Ein 20 3/4 Jahre alter Mann hatte sich, ohne Einwilligung seiner Eltern, einer Schilddrüsenoperation unterzogen. Die Operation verlief jedoch nicht ganz erfolgreich, so daß der Mann nunmehr unter dauernden Beschwerden zu leiden hatte. Er verklagte daraufhin den Arzt auf Schadensersatz wegen rechtswidriger Körperverletzung. Der Senat verneinte die Rechtswidrigkeit des Eingriffs. Trotz des Mangels der Geschäftsfähigkeit sei die Einwilligung wirksam gewesen. In seiner Begründung stellte er zunächst fest, daß es sich bei der Einwilligung nicht um eine "rechtsgeschäftliche" Willenserklärung handle, sondern um eine "Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen".¹⁾ Zwar räumte er ein, daß einer analogen Anwendung der §§ 107 ff. BGB nicht das Fehlen der Rechtsähnlichkeit entgegenstehe, es komme jedoch der "Zweck des Gesetzes, den Minderjährigen zu schützen", nicht zum Tragen. Der Minderjährige sei nicht mehr schutzwürdig, "wenn er nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung" zu erkennen vermöge.²⁾

II. Die Ansichten von Boehmer und Gernhuber

Boehmer³⁾ und Gernhuber⁴⁾ teilen zwar im Ergebnis die Meinung des Bundesgerichtshofs. Sie stellen in ihrer Begründung jedoch hauptsächlich darauf ab, daß es sich bei der Einwilligung in die Operation um eine Entscheidung über das "höchstpersönliche" Gut der Ge-

1) BGHZ aaO., S. 36.

2) Ebenso Siebert-Seydel, § 107, Rdnr. 2; GRK, Scheffler, § 1626, Anm. 12; Staudinger-Coing, § 107, Rdnr. 11; Palandt-Gramm, § 823, Anm. 7; Erman-Drees, § 823, Anm. 10 c; v. Tuhr II 1, § 59 IV, S. 343.

3) Boehmer, MDR 1959, S. 705-707.

4) Lehrbuch des Familienrechts, § 49 VI 4; vgl. ebenda, S. 517, Fußnote 1 und 2.

sundheit handle¹⁾. Darüber müsse ein geistig und sittlich reifer Mensch selbst entscheiden können. Gernhuber sieht in dem Urteil des Bundesgerichtshofs eine "Rechtsfortbildung", die sich aus der "Wertsteigerung, die alle höchstpersönlichen Rechtsgüter in der Vergangenheit erfahren haben", legitimiere.

III. Ansicht Flumes

Flume²⁾ folgt der Auffassung des Bundesgerichtshofs nur insoweit, als es sich um "Eingriffe von geringer Bedeutung" handelt. Handle es sich hingegen "um einen Eingriff von Bedeutung", so sei grundsätzlich die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich, wenn dessen Entscheidung ohne Gefahr für das Wohl des Kindes rechtzeitig eingeholt werden könne. In einem Kompetenzstreit zwischen Unmündigem und gesetzlichem Vertreter habe letzterer die Entscheidungsbefugnis, es sei denn, er mißbrauche sein Sorgerecht und gefährde das Kind (§ 1666 BGB).

IV. Ansicht Nipperdeys

Nipperdey³⁾ bezeichnet hingegen die Einwilligung stets als Rechtsgeschäft, zumindest aber als geschäftsähnliche Handlung. Infolgedessen seien die §§ 104 ff. BGB entsprechend anwendbar⁴⁾. Die Einwilligung bedürfe als nicht lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Nipperdey kann sich mit dieser Ansicht auf die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts stützen⁵⁾.

1) Vgl. auch Lenckner, ZStrW Bd. 72, S. 456 f. (457).

2) Flume, Rechtsgeschäft, § 13, 11 f., S. 218 ff. (S. 219 f.).

3) Enneccerus-Nipperdey, § 151 II 1 e, Fußnote 11; vgl. auch Enneccerus-Lehmann, § 231 III 3.

4) Im Ergebnis zustimmend auch Staudinger-Donau, § 1626, RdNr. 77, 78.

5) RGZ 141, 265; 68, 431; 168, 206.

Kapitel 2: Allgemeiner Teil der Untersuchung

§ 11. Problemstandorte

I. Verbindung der §§ 104 ff. BGB mit rechtsgeschäftlichem Handeln

Die zu den aufgezeigten Problemen gegebenen Stellungnahmen lassen erkennen, daß die Frage der entsprechenden Anwendung der §§ 104 ff. BGB auf die Rechtshandlungen vielfach dadurch entschieden wird, daß man die Handlung des Unmündigen dem Begriff des Rechtsgeschäfts, der rechtsgeschäftsähnlichen oder rein tatsächlichen Handlung zuordnet¹⁾.

Einige Beispiele verdeutlichen dies:

Das LG Bremen²⁾ sprach sich für eine Inanspruchnahme des Minderjährigen aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens aus, weil ein "rechtsgeschäftlicher Verpflichtungswille" nicht erforderlich sei. Maßgebend sei allein die tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung. Fikentscher³⁾, Wieacker⁴⁾ und Siebert⁵⁾ sehen hingegen in der Inanspruchnahme den typischen Fall

1) Ähnlich unterscheiden Klein, Rechtshandlungen, und Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, zwischen "rein äußeren Handlungen" (Klein, aaO., S.26 ff.; Manigk, aaO., S.480) und "Handlungen, deren Tatbestand nicht mit der Realisierung eines äußeren Erfolges erfüllt ist, zu deren Wirksamkeit das Gesetz vielmehr außerdem noch eine innere Tatsache irgendwelcher Art verlangt" (Klein, aaO., S.63 ff.; Manigk, aaO., S.489 ff.). Die Wirksamkeit der rein äußeren Handlungen soll von der Geschäftsfähigkeit des Handelnden unabhängig sein (Klein, aaO., S.43; Manigk, aaO., S.489). Bei den mit inneren Tatsachen verknüpften Handlungen sollen dagegen die §§ 104 ff. BGB regelmäßig entsprechend anwendbar sein.

2) LG Bremen, NJW 1966, S.2360 ff.

3) Fikentscher, Schuldrecht, § 18 III 3 ff.

4) Wieacker, Festschrift für OLG Celle, S. 263 ff. (269 f., 273).

5) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 22.

einer Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten. Demzufolge wenden sie die §§ 104 ff. BGB an.

Larenz¹⁾ verneint die Anwendung der §§ 104 ff. BGB auf den Akt des Einbringens (§§ 559, 704 BGB), da er keinen "rechtsgeschäftlichen oder auch nur rechtsgeschäftsähnlichen, sondern nur einen rein tatsächlichen Willen" voraussetze. Flume²⁾ bejaht die entsprechende Anwendung der §§ 104 ff. BGB, da das Einbringen eine immerhin "quasi geschäftliche" Handlung sei.

Nach Westermann³⁾ ist die Fortgabe einer Sache durch den Minderjährigen nicht als "Abhandenkommen" im Sinne des § 935 BGB zu werten. Denn sie erfordere nur einen "tatsächlichen", nicht "rechtsgeschäftlichen" Willen.

Endemann⁴⁾, Spreng⁵⁾, Nipperdey⁶⁾ und Klein⁷⁾ bezeichnen die Rückgabe des Pfandes gem. § 1253 BGB als "rechtsgeschäftliche" bzw. "rechtsgeschäftsähnliche, mit inneren Tatsachen verknüpfte Handlung". Die §§ 104 ff. BGB seien daher anwendbar. Manigk⁸⁾ verneint dies. Die Rückgabe sei kein Rechtsgeschäft, sondern eine rein äußere Handlung.

Nach Manigk⁹⁾ stellt der Eigenbesitzerwerb (§§ 900, 937, 958, 872 BGB) ein Rechtsgeschäft dar. Der Geschäftsunfähige könne ihn daher nicht vornehmen.

1) Larenz, Schuldrecht II, § 44 V; vgl. auch Staudinger-Nipperdey, § 701, Rdnr. 19; Esser, Schuldrecht, § 121 ff.; Klein, Rechtshandlungen, S. 31; Manigk, Rechtswirksame Verhalten, S. 486.

2) Flume, Rechtsgeschäft, § 13, 11 d, S. 216.

3) Westermann, Sachenrecht, § 49 I 3; vgl. auch Staudinger-Berg, § 935, Rdnr. 8; Siebert-OechBler, § 935, Anm. 2; Fuld, AcP Bd. 89, S. 402 ff. (406).

4) Endemann, Sachenrecht, § 141, 3.

5) Staudinger-Spreng, § 1253, Rdnr. 5.

6) Enneccerus-Nipperdey, § 137 IV 2 a, Fußnote 15.

7) Klein, Rechtshandlungen, S. 98, Fußnote 166.

8) Manigk, Rechtswirksame Verhalten, S. 487, 488.

9) Manigk, ArchBürgR Bd. 25, S. 316 ff. (324).

Nach der h.M.¹⁾ ist Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich. Der Besitz verlange keine rechtsgeschäftliche Äußerung, sondern nur "natürlichen" Besitzwillen.

Für Nipperdey²⁾ ist die Einwilligung in eine Operation ein Rechtsgeschäft oder zumindest rechtsgeschäftsähnliche Handlung, die zu ihrer Wirksamkeit der Geschäftsfähigkeit bedürfe. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs³⁾ handelt es sich dagegen nur um "eine Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen". Geschäftsfähigkeit sei daher nicht erforderlich.

Teilweise wird versucht, die Abgrenzung Rechtsgeschäft, rechtsgeschäftsähnliche und rein tatsächliche Handlung danach zu treffen, ob und inwieweit in der Handlung ein Willensmoment zum Ausdruck kommt. Diese Frage wird vielfach vom Gesetzeswortlaut her entschieden. So meint Klein⁴⁾ aus dem Erfordernis der Rückgabe des Pfandes für das Erlöschen des Pfandrechts gem. § 1253 BGB auf das Vorliegen einer mit inneren Tatsachen verknüpften Rechtshandlung (rechtsgeschäftsähnlichen Handlung) schließen zu können. Manigk⁵⁾ dagegen will dem Wortlaut des § 1253 I S. 2 BGB entnehmen, daß es auf das Willensmoment überhaupt nicht ankomme. Daher sei die Rückgabe auch als rein äußere (tatsächliche) Handlung anzusehen.

Im übrigen aber werden für die Einstufung der Rechtshandlung als Rechtsgeschäft, rechtsgeschäftsähnlich oder rein tatsächlich keine näheren Begründungen gegeben.

Es mag vorerst dahingestellt bleiben, ob man aus der Unterscheidung Rechtsgeschäft, rechtsgeschäftsähnliche und rein tatsächliche Handlung die Anwendbar-

1) siehe Anm. 7 auf S. 16 der Arbeit.

2) Enneccerus-Nipperdey, § 153 II 1 e, Fußnote 11.

3) BGHZ 29, 35 ff.

4) Klein, Rechtshandlungen, S. 98, Fußnote 166.

5) Manigk, Rechtswirksame Verhalten, S. 487.

keit oder Nichtanwendbarkeit der §§ 104 ff. BGB deduzieren kann. Jedenfalls ist ein derartiges Vorgehen erst dann gerechtfertigt, wenn man geklärt hat, ob es für die Frage der Anwendbarkeit der §§ 104 ff. BGB auf diesen Unterschied ankommt. Dies wurde bisher unterstellt. Eine Beantwortung der Frage kann aber nur aus den den §§ 104 ff. BGB zugrundeliegenden Wertungen gewonnen werden.

Bedenklich ist auch, den Rechtscharakter einer Handlung damit zu begründen, daß man mittels Rückgriff auf den Gesetzeswortlaut bestimmt, ob in der Handlung ein Willensmoment zum Ausdruck kommt oder nicht. Denn jede Rechtsnorm, zu deren Tatbestandsmerkmalen eine juristische Handlung zählt, nimmt notwendig auf ein willentliches Verhalten Bezug. Daher ließe sich vom Gesetzeswortlaut her gesehen auch jede Handlung als sogen. rechtsgeschäftsähnliche Handlung bezeichnen.

II. Die Wirksamkeit rein tatsächlicher Handlungen

Weiterhin fällt auf, daß selbst dann, wenn eine Rechtshandlung übereinstimmend dem Begriff der rein tatsächlichen Handlungen zugeordnet wird, die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit sie vom Unmündigen wirksam vorgenommen werden kann, unterschiedlich beurteilt wird.

1. Natürliche Willensfähigkeit des Unmündigen

Die verschiedenen Ansichten sind einmal darauf zurückzuführen, daß man die natürliche Willensfähigkeit des Geschäftsunfähigen teils bejaht, teils verneint.

So folgern z.B. das Reichsgericht¹⁾, Larenz²⁾ und Nipperdey³⁾ aus der Einordnung des Einbringens

1) RGZ 132, 120

2) Larenz II, § 44 V.

3) Staudinger-Nipperdey, § 701, Rdnr. 19.

(§§ 559, 704 BGB) in die Gruppe der rein tatsächlichen Handlungen, daß auch der Geschäftsunfähige eine Sache rechtswirksam mit der Folge der Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts einbringen könne, da er die natürliche Willensfähigkeit besitze. Kiefersauer¹⁾, Schopp²⁾ und Mittelstein³⁾ meinen dagegen, nur der Minderjährige könne wirksam Sachen einbringen. Zwar sei das Einbringen als rein tatsächliche Handlung anzusehen, immerhin sei aber ein willentliches Verhalten erforderlich. Dazu aber sei nur der beschränkt Geschäftsfähige, nicht der Geschäftsunfähige in der Lage. Dem Geschäftsunfähigen wird also die natürliche Willensfähigkeit abgesprochen. Ähnlich begründet Westermann⁴⁾ seine Ansicht, daß nur die durch den Minderjährigen fortgegebene Sache nicht als abhandengekommen i.S. des § 935 BGB anzusehen sei. Denn wenn die Fortgabe auch nur einen tatsächlichen Willen voraussetze, so könne sie doch lediglich seitens des beschränkt Geschäftsfähigen vorgenommen werden, da der Geschäftsunfähige nicht willensfähig sei.

Das Argument, die Wirksamkeit einer als rein tatsächlich bezeichneten Handlung des Geschäftsunfähigen sei deshalb zu verneinen, weil ihm die natürliche Willensfähigkeit fehle, ist wenig einleuchtend. Denn unstreitig ist der Geschäftsunfähige handlungsfähig und damit insoweit auch willensfähig.⁵⁾

2. Analoge Anwendung der §§ 827, 828 BGB

Eine andere Gruppe orientiert sich bei der Beur-

1) Staudinger-Kiefersauer, § 559, Rdnr. 17.

2) Erman-Schopp, § 559, Anm. 3.

3) Mittelstein, Die Miete, § 90, 2, S. 535.

4) Westermann, Sachenrecht, § 49 I 3; vgl. auch Siebert-Oechßler, § 935, Rdnr. 2; Staudinger-Berg, § 935, Rdnr. 8.

5) Vgl. Canaris, NJW 1964, S. 1988, Fußnote 12; Larenz II, § 44 V; Erman-Hefermehl, § 937, Anm. 3; Westermann, § 12 II 1; Staudinger-Seufert, § 872, Rdnr. 7.

teilung der Wirksamkeit einer rein tatsächlichen Handlung analog den §§ 827, 828 BGB an der Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen.

So soll nach Hofmann¹⁾ der Minderjährige vom 8. bis zum vollendeten 18. Lebensjahr dann Halter werden, wenn er die erforderliche Einsicht in die mit der Haltereigenschaft verbundene Haftungsgefahr" habe; vom 19. Lebensjahr an ergäben sich aus der Minderjährigkeit keine Probleme mehr.

Zahlreiche Autoren²⁾ bejahen analog § 828 Abs.2 BGB die verschärfte Haftung des Minderjährigen gem. § 819 BGB. Dem Minderjährigen sei die Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit der Leistung zuzurechnen, soweit er die erforderliche geistige und sittliche Reife besitze.

Die Befürworter der analogen Anwendung des § 828 II BGB auf die rein tatsächlichen Handlungen bleiben jedoch die Antwort auf die Frage schuldig, ob die in den §§ 827, 828 ff. BGB enthaltene Wertung sich wirklich auf das tatsächliche Verhalten bezieht, oder ob es sich nicht um eine spezifisch deliktsrechtliche in dem Sinne handelt, daß der Minderjährige nach Auffassung des Gesetzgebers unter den Voraussetzungen der §§ 827, 828 BGB das Unrecht seines Tuns einsehen kann. Dann wäre es ausgeschlossen, die §§ 827, 828 BGB auf ein rechtmäßiges, tatsächliches Verhalten anzuwenden.

3. Einsichtsfähigkeit als Grenze des Minderjährigenschutzes

Vielfach rechtfertigt man das Abstellen auf die Einsichtsfähigkeit im Bereich der rein tatsächlichen

1) Hofmann in NJW 1964, S. 228 ff. (233).

2) Weintraud, Saldotheorie, S. 6; Enneccerus-Nipperdey, § 151 II 1a, Fußnote 7; Flume, Rechtsgeschäft, § 13, 7 e; Siebert-Mühl, § 819, Rdnr. 6; Fikentscher, Schuldrecht, § 18 III 5 a; Staudinger-Lechner, § 819, Rdnr. 7; Boehmer, MDR 1959, S. 706; v. Tuhr II 1, S. 375.

Handlungen auch, ohne auf den Rechtsgedanken der §§ 827, 828 BGB Bezug zu nehmen, allein mit der Begründung, der Minderjährige brauche nicht geschützt zu werden, wenn er genügend einsichtsfähig sei. So ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁾ die Einwilligung des Minderjährigen in die Operation wirksam, "wenn er nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag". Denn dann entfalle das Schutzbedürfnis. Nach Larenz²⁾ soll die "Fähigkeit der Einsicht in die sozialtypische Bedeutung des Verhaltens" Voraussetzung für eine Verpflichtung des Unmündigen sein.

Selbst wenn man aber mit dem Bundesgerichtshof und Larenz die Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen bei vorliegender Einsichtsfähigkeit verneinen könnte, bliebe aber noch die Frage zu klären, ob von den starren Altersgrenzen der §§ 2, 104 ff. BGB abgewichen werden kann.

III. Das Rangverhältnis zwischen den Prinzipien des Minderjährigenschutzes und des Verkehrsschutzes

Zahlreiche Verfasser treffen die Entscheidung über eine entsprechende Anwendung der §§ 104 ff. BGB auf Rechtshandlungen auch unabhängig von der Einstufung der Handlung als Rechtsgeschäft, rechtsgeschäftsähnlich oder rein tatsächlich. Sie lösen das Problem, indem sie die absolute Vorrangigkeit des Minderjährigenschutzes gegenüber dem Verkehrsschutz oder umgekehrt die Maßgeblichkeit des Verkehrsschutzes betonen.

So spricht sich Canaris³⁾ im Rahmen der §§ 833,

1) BGHZ 29, 35f.; vgl. auch Anm. 2 auf S.19 d.Arbeit.

2) Larenz, Schuldrecht I, § 4 II a.E.; derselbe in NJW 1956, S. 1899.

3) Canaris in NJW 1964, S. 1990.

BGB, 7 StVG für die absolute Vorrangigkeit des Minderjährigenschutzes gegenüber dem Verkehrsschutz aus, soweit es um die Frage geht, ob der Nichtvolljährige Halter werden kann. Hofmann¹⁾ hebt dagegen das Schutzbedürfnis des Verkehrs gegenüber einem einsichtsfähigen Minderjährigen hervor. Es sei mit den Interessen des Verkehrs unvereinbar, einen 20jährigen nicht Halter werden zu lassen.

Das Reichsgericht²⁾ und Weintraud³⁾ wenden die Saldotheorie auch auf den Unmündigen an, da dem Schutz des redlichen Verkehrs entscheidende Bedeutung beizumessen sei. Die h.M.⁴⁾ hingegen hält die Ausdehnung der Saldotheorie auf den Unmündigen für unvereinbar mit dem vorrangigen Prinzip des Minderjährigenschutzes.

Nach Flume⁵⁾ ist eine vom Nichtvolljährigen fortgegebene Sache als abhandengekommen i.S. des § 935 BGB anzusehen. Denn das Prinzip des Minderjährigenschutzes fordere generell den Schutz des Unmündigen vor rechtlichen Nachteilen. Von anderen Verfassern⁶⁾ wird dem Publizitätsgedanken und damit dem Verkehrsinteresse wiederum maßgebliche Bedeutung beigemessen und die Fortgabe der Sache zumindest durch den Minderjährigen nicht als abhandengekommen gewertet.

Der Versuch, die Frage der entsprechenden Anwendung der §§ 104 ff. BGB auf Rechtshandlungen durch die Vorrangigkeit des Prinzips des Minderjährigenschutzes oder des Verkehrsinteresses zu beantworten, setzt sich,

1) Hofmann, NJW 1964, S. 228 ff.

2) RGZ 32, 319; 86, 343 ff. (344, 346); RG in JW 1918, S. 132.

3) Weintraud, Saldotheorie, S. 104.

4) Larenz, Schuldrecht I, § 25, 2b a.A.; LG Bielefeld, NJW 1963, S. 908 (909); OLG Hamm in NJW 1966, S. 2357; Pawlowski, JuS 1967, S. 302 f. mit weiteren Nachweisen.

5) Flume, Rechtsgeschäft, § 13, 11 d, S. 216.

6) Westermann, Sachenrecht, § 49 I 3; Heck, Sachenrecht, § 60, 5.

soweit keine näheren Begründungen gegeben werden, dem Vorwurf aus, daß von dem als richtig empfundenen Ergebnis her die Maßgeblichkeit des einen oder anderen Prinzips bestimmt wird, um dann von dem Prinzip her wiederum das Ergebnis zu erklären.

Daß nicht von einer absoluten Vorrangigkeit des Prinzips des Minderjährigenschutzes gesprochen werden kann, ergibt sich jedenfalls schon aus dem Gesetz¹⁾. So wäre es für den Minderjährigen beispielsweise vorteilhafter, wenn die von ihm vorgenommenen einseitigen Rechtsgeschäfte nicht gem. § 111 BGB nichtig, sondern schwebend unwirksam wären und durch Genehmigung des gesetzlichen Vertreters wirksam werden könnten. Daß der Gesetzgeber dennoch einseitige Rechtsgeschäfte Minderjähriger als nichtig erachtet, erklärt sich aus der Überlegung, daß in dem Schutz des Minderjährigen nicht weiter gegangen werden darf, "als mit der materiellen Gerechtigkeit" und dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit vereinbar ist²⁾. Auch der Schutz des Minderjährigen hat also seine Grenzen. Dies ergibt sich weiterhin aus den §§ 109 I und 108 II BGB. Für den Unmündigen wäre es sicherlich vorteilhafter, wenn sich der Geschäftspartner nicht durch Widerruf von seiner Bindung befreien oder durch Aufforderung an den gesetzlichen Vertreter den Schwebezustand beseitigen könnte. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers³⁾ ist es aber mit dem Verkehrsschutzinteresse unvereinbar, wenn die Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung auf unbegrenzte Zeit der Willkür des gesetzlichen Vertreters oder des geschäftsfähig gewordenen Minderjährigen anheimgestellt bleibt.

1) Vgl. dazu auch Larenz, Methodenlehre, S. 252

2) Vgl. Motive I, S. 133.

3) Motive I, S. 136.

IV. Wechselbezüglichkeit von Rechten und Pflichten innerhalb einer Rechtsbeziehung

Die Frage, inwieweit der Minderjährige zu schützen ist, berührt auch einen weiteren Streitpunkt innerhalb der Rechtshandlungen, und zwar die Unklarheit darüber, ob und gegebenenfalls wann und in welcher Beziehung der Minderjährige in einem Schuldverhältnis nur berechtigt, aber nicht verpflichtet sein darf. Dieses Problem wird besonders bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, der Lehre vom sozialtypischen Verhalten und der culpa in contrahendo aktuell.

Nach dem Urteil des LG Aachen¹⁾, das von einer entsprechenden Anwendung der §§ 104 ff. BGB ausgeht, sollen bei der auftragslosen Geschäftsführung eines Unmündigen neben der Haftung des Geschäftsführers (§ 682 BGB) auch dessen Rechte aus den §§ 677 ff., 683 BGB entfallen. Es sei mit dem Interesse des Rechtsverkehrs an klaren Rechtsverhältnissen unvereinbar, die Wirksamkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag danach auszurichten, ob im konkreten Falle günstige oder ungünstige Rechtsfolgen für den Minderjährigen eintreten. Die h.M.²⁾ bejaht dagegen Ansprüche (§ 683 BGB) des unmündigen Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn. Schulien³⁾ meint: "Nur insoweit können die §§ 107 ff. BGB Anwendung finden, wenn sie sich nicht im Gegensatz zu ihrem gesetzgeberischen Zweck eindeutig zum Nachteil des Minderjährigen auswirken sollen."

Canaris⁴⁾ wendet die §§ 104 ff. BGB auf die culpa in contrahendo nur insoweit an, als Pflichten des Minderjährigen entstehen können, dagegen soll er wohl berechtigt sein.

1) in NJW 1963, S. 1252 ff.

2) Canaris, NJW 1964, S. 1987 ff. (1988/89); Staudinger-Coing, § 107, Rdnr. 9; Larenz II, § 53 I a a.E..

3) Schulien, NJW 1963, S. 1879.

4) Canaris, NJW 1964, S. 1987 ff.

V. Zusammenfassung

Zusammenfassend können also folgende Fragen festgestellt werden:

Kann die Anwendung der §§ 104 ff. BGB auf Rechtshandlungen von der Unterscheidung Rechtsgeschäft, rechtsgeschäftsähnliche und rein tatsächliche Handlungen abhängig gemacht werden?

Wann und gegebenenfalls in welchem Umfange kann von einer Vorrangigkeit des Prinzips des Minderjährigenschutzes gegenüber dem des Verkehrsschutzes gesprochen werden?

Kann die Wirksamkeit einer Rechtshandlung nach der Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen beurteilt werden?

Kann der Unmündige in einem Schuldverhältnis berechtigt sein, ohne gleichzeitig verpflichtet zu sein?

§ 12. Problemlösung

I. Methodische Grundlagen

Eine Lösung dieser Fragen läßt sich theoretisch auf verschiedene Weise erreichen.

1. Begriffsjurisprudenz

Man kann einmal darauf abstellen, daß der Begriff der Geschäftsfähigkeit dem des Rechtsgeschäfts verbunden ist und dann für die Rechtshandlungen, insbesondere die rein tatsächlichen Handlungen die Anwendbarkeit der §§ 104 ff. BGB verneinen. Das liefe darauf hinaus, daß man aus dem Begriff der Geschäftsfähigkeit ihren Anwendungsbereich herleitet. Das ist die Methode der Begriffsjurisprudenz.

Sie hatte ihren Ausgangspunkt in der Methodenlehre Savignys, der zwischen den historischen und systematischen Aufgaben des Juristen unterschied¹⁾.

¹⁾ Savigny, Vom Beruf unserer Zeit, S.48; derselbe, System des heutigen römischen Rechts I, S.16 u.S.44.

Die historische Methode hatte die Sinndeutung der Norm vorzunehmen. Die systematische hatte jeden Begriff und Rechtssatz als ein zusammenhängendes Ganzes aufzufassen, daß der Lösung der auf dem Gebiet des Rechts auftauchenden Fragen dienen sollte.

Dieser Systemgedanke war der Ausgangspunkt für die Entwicklung der Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts. Zu ihren Vertretern sind u.a. Puchta¹⁾ und ursprünglich auch Ihering zu zählen²⁾. Für sie war die Rechtswissenschaft eine Pyramide von Begriffen, die einander bedingten und voneinander abstammten und sich von ihrer niedersten Stufe bis zur höchsten Stufe hinauf und herab verfolgen ließen.³⁾ Ihering⁴⁾ unterschied zwischen "niederer" und "höherer" Jurisprudenz. Auf der niederen Stufe beschränke sich die Tätigkeit der Wissenschaft in der Interpretation des gegebenen Rechtsstoffes, auf die Herausarbeitung der den einzelnen Normen zugrunde liegenden Prinzipien. Der Übergang zur höheren Jurisprudenz sei die Verflüchtigung des Rechtsstoffes zu Begriffen⁵⁾.

Durch Kombination der so gewonnenen Begriffe kam man dann zu neuen Begriffen, mit denen bestehende Gesetzeslücken ausgefüllt wurden. Die Entscheidung eines vom Gesetz nicht erfaßten Sachverhalts wurde also durch den Rückgriff auf allgemeine Begriffe erlangt.

Nach dieser Methode bleibt es mehr oder minder dem Zufall überlassen, ob der vom Begriff her subsummierte Sachverhalt die Kausalfaktoren einer Norm ganz

1) Puchta, Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk, S. 21/22; vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S. 18 ff.

2) Ihering, Geist des römischen Rechts I, S. 36 ff. (37).

3) Puchta, aaO.

4) Ihering, Iherings Jahrbücher Bd. 1, S. 8 ff.; derselbe, Geist des römischen Rechts II 2, S. 358 f.

5) Ihering, Geist des römischen Rechts I, S. 48; IheringJ Bd. 1, S. 9.

oder teilweise enthält. Die Begriffsjurisprudenz arbeitet mit Scheinargumenten, wenn sie behauptet, daß sich die Rechtssätze aus allgemeinen Begriffen ableiten lassen. Die Begriffe erhalten ihre Bedeutung vielmehr aus dem Sinn und Zweck der Rechtsnormen. Diesen liegt ein bestimmter Sachverhalt zugrunde. Erst aus diesem empirischen Material liessen sich die Begriffe entwickeln. Sie können daher allenfalls einen geschichtlich gegebenen Stoff wiedergeben, nicht aber Rechtsgrund für ihn sein.¹⁾

2. Interessenjurisprudenz

Auf der Erkenntnis, daß der Begriff nicht Normquelle sein kann, das Recht vielmehr von der Rechtsgemeinschaft zur Regelung der Lebensbedürfnisse entwickelt worden ist, baut dann auch die Interessenjurisprudenz auf.²⁾

Die Stufen eines interessenjuristischen Vorgehens:

Nach der Interessenjurisprudenz hat der Richter die Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers zu ermitteln, und zwar in folgender Weise:

a) Wortlaut

Auszugehen ist von dem Wortlaut des Gesetzes. Es wird nicht verkannt, daß er bei der Auslegung eine Rolle spielen kann.³⁾ Der Wortlaut ist jedoch regel-

1) Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, § 8, S. 95 ff.; Rümelin, Wandlungen, S. 20 ff.; vgl. auch Coing, JZ 1951, S. 481 ff. (484).

2) Heck, aaO., derselbe, Das Problem der Rechtsgewinnung, Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in AcP Band 133, S. 66 ff.

3) Vgl. Heck, AcP Band 112, S. 120 f.; Reinicke in NJW 1967, S. 1249.

mäßig vieldeutig¹⁾). Er kann daher grundsätzlich auch nur "ein Indiz für das Vorhandensein einer bestimmten Gebotsvorstellung" sein.²⁾ "Die Ermittlung des Wortsinns reicht für sich allein nur dann aus, wenn die zu beurteilende Erscheinung zweifelsfrei im Kernbereich der mit dem Wortsinn gemeinten Vorstellung liegt".³⁾

b) Entstehungsgeschichte

Als weiteres hat der Richter die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zur Auslegung heranzuziehen. Sie ergibt sich aus den Entwürfen, Motiven und Protokollen⁴⁾. Dabei hat die Nachforschungspflicht des Richters u.U. so weit zu gehen, daß er sich durch Befragung der Gesetzgebungsorgane letzte Klarheit verschafft⁵⁾.

c) Interessenlage

Hierbei darf eine Auslegung aber noch nicht stehenbleiben. Vielmehr sind über die Vorstellungen des Gesetzgebers hinaus "die für das Gesetz kausalen Interessen" zu ermitteln⁶⁾. Unter Interessen werden die "in der Rechtsgemeinschaft vorhandenen Begehungen und Begehrungstendenzen", die materiellen wie die ideellen verstanden⁷⁾. Sowohl wirtschaftliche und

1) Brox, Irrtumsanfechtung, S.103; Heck, AcP Bd.112, S.123 ff.; Gezor-Kisz, IheringsJ Bd.58, S. 457; Müller-Erzbach, IheringsJ Band 61, S. 361 ff. Westermann-Lepsien, NJW 1966, S. 431, Fußnote 3; vgl. auch RGZ 142, 40.

2) G.u.D. Reinicke, NJW 1952, S.1033 ff. (1034).

3) Larenz, Methodenlehre, S. 258.

4) vgl. Heck, AcP Band 112, S.94 ff.; D. Reinicke, NJW 1967, S. 1249.

5) Heck, AcP Band 112, S.107; Brox, Irrtumsanfechtung, S.103; Reinicke, MDR 1952, S. 141 ff. (143).

6) Brox, Irrtumsanfechtung, S.104; Heck, AcP Bd. 112, S. 8, 64 ff.

7) Heck, AcP Bd.112, S.11, 17; derselbe, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S.37 ff.; Stoll in AcP Band 133, S. 67, Fußnote 1.

öffentliche Belange als auch das Interesse am Rechtsfrieden sind zu prüfen und zu berücksichtigen¹⁾.

Das durch Abwägung der Interessen entstandene Werturteil des Gesetzgebers, das die Gebotsvorstellung bewirkte, ist dann im Hinblick auf den zu entscheidenden Fall denkend nachzuvollziehen. Erkennt der Richter, daß der vorliegende Sachverhalt noch keine Regelung erfahren hat, sei es, daß der Gesetzgeber die Frage bewußt nicht geregelt oder sie übersehen hat, so liegt eine Gesetzeslücke vor. Sie ist von dem Richter im Wege der Rechtsfortbildung auszufüllen²⁾. Dabei hat er zunächst die in Frage stehenden Interessen der Beteiligten zu prüfen, und sodann nach vergleichbaren, im Gesetz bereits geregelten Interessenlagen zu suchen. Sind sie gegeben, so ist der Richter an die "im Gesetz enthaltenen Werturteile gebunden".³⁾ Er ist zu "denkendem Gehorsam" verpflichtet⁴⁾. Selbst wenn er persönlich die Wertungen des Gesetzgebers nicht mehr für angemessen hält, so kann er nur dann von dem gesetzgeberischen Willen abweichen, wenn "sich nach Erlaß des Gesetzes die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend geändert haben oder sich die dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen so grundlegend gewandelt haben, daß die Anwendung des Gesetzes mit dem heutigen Rechtsempfinden unvereinbar wäre".⁵⁾ Darüber hinaus kann der Richter nur dann nach eigenen Wertungen entscheiden, wenn sich Anhaltspunkte für die anstehende Entscheidung weder aus den gegebenen Normen noch aus dem mittelbaren Gesetzesinhalt ergeben⁶⁾.

1) Vgl. Reinicke, JuS 1964, S. 421 ff. (422).

2) Dazu ausführlich Reinicke, aaO.

3) Heck, AcP Bd. 112, S. 230; Stoll, AcP Bd. 133, S. 73 "Die Lückenergänzung erfolgt unter Fernwirkung der gesetzlichen Werturteile".

4) Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 107.

5) Reinicke, NJW 1952, S. 1033 ff. (1036); vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S. 259.

6) Stoll, AcP Bd. 133, S. 74; Rümelin, Wandlungen, S. 50; Reinicke, JuS 1964, S. 421 ff. (422).

Im Gegensatz zur Begriffsjurisprudenz wird die Interessenjurisprudenz den die Rechtsordnung beherrschenden Idealen der Rechtssicherheit und einer sachgerechten Entscheidung im Einzelfall weitgehend gerecht. Während es bei der Lückenausfüllung durch Begriffskombinationen dem Zufall überlassen bleibt, ob das Ergebnis den Anforderungen des Lebens entspricht, gibt der Rückgriff auf die gesetzgeberischen Wertungen feste und sachgerechte Richtlinien zur Entscheidung.

3. Wertjurisprudenz

In der Literatur wird neuerdings nicht mehr so sehr von der Interessenjurisprudenz als von der Wertjurisprudenz gesprochen¹⁾. Damit will man folgende von der Interessenjurisprudenz abweichende Auffassung zum Ausdruck bringen: Heck und Stoll bezeichneten als Interessen die "in der Rechtsgemeinschaft vorhandenen Begehrungen und Begehrungstendenzen", die materiellen wie die ideellen²⁾, also auch die "abstrakten Zweckideen wie Rechtssicherheit, Billigkeit usw." ³⁾. Die Wertjurisprudenz will hingegen den Begriff des Interesses auf die "Begehrungsvorstellungen" beschränken, "die die an einem Rechtsstreit Beteiligten haben oder haben müssen, wenn sie die ihnen günstige Rechtsfolge anstreben", d.h. auf die materiellen Begehrungen⁴⁾. Bei den von Heck und Stoll als ideelle Interessen gekennzeichneten allgemeinen Rechtsprinzipien, wie Rechtssicherheit, Verkehrsschutz, Minderjährigenschutz usw. handele es sich um Wertmaßstäbe, die nicht selbst

1) Erstmals verwendet Stoll, AcP Bd. 133, S. 67, Fußnote 1, diesen Ausdruck; vgl. weiter Larenz, Methodenlehre, S. 123 ff.

2) Heck, AcP Bd. 112, S. 11, 17; derselbe, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 37 ff.; Stoll, aaO., S. 67, Fußnote 1.

3) Stoll, aaO., S. 67, Fußnote 1.

4) Westermann, Wesen und Grenzen, S. 14 ff.; derselbe, Interessenkollisionen, S. 4 ff.

wieder Interessen, sondern Folgerungen des Gesetzgebers "aus der Gerechtigkeitsidee" seien¹⁾.

Soweit diese Wertmaßstäbe dem positiven Recht, dem systematischen Sinnzusammenhang entnommen werden²⁾, unterscheidet sich die wertende Jurisprudenz in ihrer praktischen Auswirkung nicht von der Interessenjurisprudenz. Denn sie hält daran fest, daß der Richter bei seinen Entscheidungen an die Wertungen des Gesetzgebers gebunden bleibt.

Anders ist es hingegen, wenn man mit Coing, Larenz, Esser, Weinkauff und Engisch³⁾ das Recht als eine aus leitenden Grundgedanken, wie z.B. den Grundsätzen der Gleichheit, Gerechtigkeit und Natur der Sache entwickelte Ordnung ansieht und fordert, daß der Richter diese Prinzipien als dem geschriebenen Recht vorausgehend höheres Recht bei seinen Entscheidungen wesentlich zu berücksichtigen habe. Nach dieser Lehre ist der Richter befugt, das geschriebene Recht für unwirksam zu erklären, soweit es gegen das höhere verstößt, d.h. mit dem Naturrecht nicht mehr in Einklang steht⁴⁾. Wann ein derartiger Verstoß vorliegt, müßte der Richter wiederum selbst feststellen. Die Entscheidung läge also in seinem Ermessen. Dies aber wäre mit

1) Westermann, Wesen und Grenzen, S. 17; vgl. dazu auch Larenz, Methodenlehre, S. 124.

2) So Westermann, Interessenkollision, S.4, die Bewertungsfaktoren sind Norminhalt, nicht "außerhalb des Gesetzes bleibende Wertvorstellungen der mehr oder weniger zufällig mit der Formulierung befaßten Personen"; derselbe, Wesen und Grenzen, S.27: "Es gibt keine brauchbaren, jurstiziablen, überpositive Wertungen"; vgl. auch Reinhardt-König, Richter und Rechtsfindung, S. 25, 28; Hubmann, AcP Bd. 155, S. 95 ff.

3) Coing in JZ 1951, S.485; Larenz, Methodenlehre, S.128 ff., S.273 ff.; Esser, Grundsatz und Norm, S.4 ff.; Weinkauff, Richtertum und Rechtsfindung, S.15-34; derselbe in NJW 1960, S.1689 ff.; Engisch, Studium Generale Bd.10 (1950), S. 173 ff.

4) Weinkauff, Richtertum und Rechtsfindung, S. 15 ff. (16); Larenz, Methodenlehre, S. 277, Fußnote 3.

der in den Artikeln 20 III, 79 III GG ausgesprochenen Bindung des Richters an Gesetz und Recht unvereinbar. "Das gesamte gesetzesstaatliche System wäre außer Spiel gesetzt, wenn der Richter ein Gesetz wegen vermeintlicher Naturrechtswidrigkeit ohne weiteres mißachten dürfte"¹⁾. Die Gefahr der Rechtsunsicherheit ist offensichtlich. Die Vertreter der Naturrechtslehre verkennen, daß das Recht als lebendiger, geschichtlich wandelbarer Mechanismus einer eigenen Wirklichkeitsdimension angehört; die Gesetzgebung ist praktischer Natur; der Urteilsinhalt kann nicht durch den Rückgriff auf eine absolute Moral gewonnen werden, sondern nur im Rahmen eines teleologisch strukturierten Verständniszusammenhanges. Daher sind die Wertmaßstäbe für die rechtliche Entscheidung der positiven Rechtsordnung zu entnehmen²⁾.

Die in dieser Arbeit anstehenden Probleme werden daher nach der Methode der Interessenjurisprudenz gelöst.

II. Interpretation der §§ 104 ff. BGB

Nach den aufgezeigten methodischen Grundlagen ist zunächst zu sehen, ob der Gesetzgeber die Frage der Anwendbarkeit der §§ 104 ff. BGB auf die sogenannten Rechtshandlungen ausdrücklich geregelt hat oder mitregeln wollte.

1. Wortlaut

Ihrem Wortlaut nach knüpfen die §§ 104 ff. BGB an Rechtsgeschäfte (Willenserklärungen) an. Damit ist aber nur ihr unmittelbarer Anwendungsbereich begrenzt³⁾. Es ist nicht gesagt, daß eine analoge Anwendung auf die Rechtshandlungen ausgeschlossen sein soll.

1) Wieacker, JZ 1961, S. 342.

2) Vgl. Wieacker, JZ 1961, S. 342 ff. (345); Westermann, Wesen und Grenzen, S. 40, 95; Tiedtke, Diss., S. 47.

3) Westermann-Lepsius, NJW 1966, S. 431.

Dem Wortlaut ist also kein Ergebnis zu entnehmen.

2. Entstehungsgeschichte

Auch ein Blick in die Materialien führt nicht weiter. Der Gesetzgeber hat bewußt von einer Bestimmung abgesehen, die die analoge Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte auf Rechtshandlungen vorschreibt. Er räumt zwar ein, daß die Vorschriften "in weitem Umfange passen mögen"¹⁾, stellt die Entscheidung im Einzelfall aber der Wissenschaft anheim. Er hat damit bewußt eine Gesetzeslücke geschaffen²⁾.

3. Interessenlage

Doch könnten die den §§ 104 ff. BGB zugrunde liegenden gesetzgeberischen Überlegungen ihrem Sinn nach eine Ausdehnung auf die Rechtshandlungen fordern.

a) Anhaltspunkte in den Materialien

Nach den Motiven³⁾ sind die Rechtsgeschäfte Geschäftsunfähiger schlechthin nichtig, weil Personen unter 7 Jahren "die erforderliche Willenskraft und ebenfalls das erforderliche Erkenntnisvermögen" zur Teilnahme am Rechtsverkehr fehle. Wenn dagegen der beschränkt Geschäftsfähige zum Abschluß lediglich vorteilhafter Rechtsgeschäfte berechtigt ist, so beruht dies auf der Erwägung, daß er immerhin "willenskräftig" sei, wenn auch "nicht denjenigen Grad geistiger und geschäftlicher Erfahrung" besitze, "um ungefährdet im Rechtsverkehr auftreten zu können"⁴⁾.

Danach versagt der Gesetzgeber den Handlungen Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger die rechtliche Anerkennung, weil sie nicht zur eigenver-

1) Motive I, S. 127.

2) Reinicke, JuS 1964, S. 421.

3) Motive I, S. 129.

4) Motive I, S. 131.

antwortlichen Willensbildung in der Lage sind und nicht die Fähigkeit besitzen, für ihre eigene Person zu sorgen und die Risiken ihres Verhaltens zu übersehen. Das folgt auch aus § 107 BGB, wonach lediglich rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäfte des Minderjährigen wirksam sind; denn vor Vorteilen braucht er keinen Schutz. Seine mangelnde Einsichtsfähigkeit ist ausschließlich hinsichtlich der Übernahme von Pflichten zu berücksichtigen, weil nach dem Menschenbild unserer Rechtsordnung nur **v e r a n t w o r t l i c h** gemacht werden kann, wer die Nachteile nach seinen Fähigkeiten hätte vermeiden können. Allerdings ist von daher nicht ganz verständlich, weshalb dem Geschäftsunfähigen die Vornahme lediglich rechtlich vorteilhafter Rechtsgeschäfte verwehrt ist. Doch dürfte dies historische Gründe haben¹⁾.

Ist der Grund für die §§ 104 ff. BGB in der mangelnden Verantwortungsfähigkeit des Minderjährigen zu suchen, so erscheint es konsequent, neben den Rechtsgeschäften auch alle anderen Handlungen den §§ 104 ff. BGB zu unterwerfen, an die die Rechtsordnung nachteilige Folgen für den Minderjährigen knüpft. Denn andernfalls würde der Minderjährige für ein Verhalten verantwortlich gemacht, für das er nicht verantwortungsfähig ist, und dem widerspricht die Wertung der §§ 104 ff. BGB.

Aus dem Sinn und Zweck der §§ 104 ff. BGB ergibt sich also, daß immer dann, wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolgen maßgeblich an ein willentliches Verhalten knüpft, die Regelungen verbindlich sind. Das Interesse des Rechtsverkehrs auf Schutz des Vertrauens in die Wirksamkeit einer Handlung hat dann dem Prinzip des Minderjährigenschutzes zu weichen.

Insoweit ist es daher auch richtig, von einer Vorrangigkeit des Prinzips des Minderjährigenschutzes

1) Kaser, Römisches Privatrecht, § 14 II 1.

gegenüber dem des Verkehrsschutzes zu sprechen.

Etwas anderes muß aber gelten, wenn die Rechtsfolge nicht so sehr an ein Willensmoment, als vielmehr maßgeblich an einen einmal geschaffenen tatsächlichen Zustand anknüpft. Einen derartigen Fall regelt z.B. § 950 BGB. Entscheidend für den Eintritt der Rechtsfolge ist hier die Schaffung eines neuen Sachwertes. Ob und inwieweit die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung vorlag, ist ohne Bedeutung. Es wird dann auch einhellig¹⁾ eine entsprechende Anwendung der §§ 104 ff. BGB im Rahmen der §§ 946 ff. (950) BGB abgelehnt.

Allein aus der Tatsache, daß eine Rechtsnorm eine Handlung als Tatbestandsmerkmal enthält, wie § 950 BGB die Verarbeitung oder Umbildung, und damit auf ein willentliches Verhalten Bezug nimmt, läßt sich also noch nicht die analoge Anwendung der §§ 104 ff. BGB herleiten. Denn handlungsfähig und insoweit auch fähig zur "natürlichen" Willensbildung ist auch der Unmündige²⁾.

Für die entsprechende Anwendung der §§ 104 ff. BGB ist also allein entscheidend, ob die Rechtsfolge primär an die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung anknüpft.

b) Systematisch-teleologisches Argument

aa) Gesetzliche Vertretung durch Eltern als Bestandteil der elterlichen Gewalt

Auch § 1626 BGB zeigt, daß die Wertung der §§ 104 ff. BGB nicht auf das rechtsgeschäftliche Verhalten beschränkt werden darf. Nach dieser Vorschrift haben die Eltern bis zur Volljährigkeit des Kindes für

1) Flume, Rechtsgeschäft, § 13, 11 b, S. 213; Enneccerus-Nipperdey, § 137 IV 2 b; Palandt-Danckelmann, Überblick vor § 104, Anm. 1 e.

2) Canaris, NJW 1964, S. 1988, Fußnote 12.

dessen Person und Vermögen zu sorgen. Die §§ 104 ff. BGB stehen damit in einem direkten Zusammenhang; denn sie gewährleisten, daß das Kind die elterlichen Sorgemaßnahmen nicht durch wirksames rechtsgeschäftliches Verhalten durchkreuzt. Die Gefahr, daß Maßnahmen der Eltern durch ein von der Rechtsordnung anerkanntes Verhalten bedeutungslos werden, hängt aber nicht davon ab, ob das rechtswirksame Verhalten im Einzelfall ein Rechtsgeschäft ist oder nicht. Das elterliche Sorgerecht erstreckt sich auf "alle tatsächlichen und rechtlichen Verrichtungen"¹⁾, die im Interesse des Unmündigen erforderlich sind. So umfaßt es auch die Entscheidung darüber, ob das Kind operiert werden soll oder nicht²⁾. Selbst wenn man daher mit dem Bundesgerichtshof³⁾ in der Einwilligung in die Operation kein Rechtsgeschäft sieht, muß im Ausgangspunkt mit Rücksicht auf § 1626 BGB die Volljährigkeitsgrenze beachtet werden⁴⁾. Denn durch die Einwilligung wird unmittelbar über den Schadensersatzanspruch verfügt, der für den Verletzten im Fall eines rechtswidrigen Eingriffs nach § 823 Abs. 1 BGB entsteht.

bb) Existenz von Vorschriften außerhalb des BGB, die auf Volljährigkeit abstellen

Auch außerhalb des BGB existieren Vorschriften, die zeigen, daß der Gesetzgeber für die Forderung nach der Geschäftsfähigkeit des Handelnden nicht darauf abstellt, ob sein Verhalten rechtsgeschäftlichen Charakter hat. So bestimmt § 51 ZPO, daß sich die Fähigkeit, Prozeßhandlungen vorzunehmen, nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, also nach den §§ 104 ff. BGB richtet. Dabei wird darauf verwiesen,

1) RGRK, Scheffler, § 1626, Anm. 14; Erman-Ronke, § 1626, Anm. 5 b, c; KG in JfFG Bd. 12, 108.

2) Vgl. Staudinger-Donau, § 1626, Rdnr. 46; RGRK, Scheffler, § 1626, Anm. 12.

3) BGHZ 29, 35 ff.

4) Staudinger-Donau, aaO., Rdnr. 77, 78.

daß die Prozeßhandlungen keine Rechtsgeschäfte sind, sondern "prozessgestaltende Betätigungen, d.h., jedes äußere, auf einem bewußten Willen (Handlungswillen) beruhende Verhalten, das in Voraussetzungen und Wirkungen vom Prozeßrecht geregelt ist"¹⁾. Gemäß § 52 I ZPO ist prozeßfähig nur die Person, die sich vertraglich verpflichten kann, also einen entsprechenden Verpflichtungswillen hat.

cc) Argument aus dem Gleichheitssatz

Schließlich ist für das hier untersuchte Problem, ob die Anwendung der §§ 104 ff. BGB auf den rechtsgeschäftlichen Bereich zu beschränken ist, noch von besonderer Bedeutung, daß sich der völlige oder beschränkte Ausschluß des Unmündigen vom rechtsgeschäftlichen Verkehr aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 GG) ableiten läßt²⁾. Da der Unmündige einerseits mangels Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung nicht in der Lage ist, gleich einem Erwachsenen ungefährdet am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilzunehmen, verwirklicht sein Ausschluß vom Geschäftsverkehr nur "das unerläßliche Minimum geistiger Chancengleichheit"³⁾. Andererseits hat er aber, wie "jeder Mensch Anspruch auf Achtung seiner Interessen nach dem Gesetz der persönlichen Gleichheit". Die Befriedigung dieser Interessen wird über das Institut der gesetzlichen Vertretung erreicht⁴⁾.

Diese Überlegungen sind nicht auf den rechtsgeschäftlichen Bereich begrenzt. Auch im außerrechtsgeschäftlichen Raum sieht sich der einzelne oft der

1) Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, § 59 a. Anfg.

2) Vgl. Bydlinski, Privatautonomie, S. 168; Schwimann, Die Institution der Geschäftsfähigkeit, S. 40, 127; Müller-Freienfels, Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 340.

3) Bydlinski, aaO.

4) Müller-Freienfels, aaO.

Situation gegenübergestellt, zwischen mehreren Verhaltensweisen wählen zu müssen. Dazu ist der Unmündige mangels geistiger Reife aber nicht in der Lage. Der Gleichheitssatz verlangt dann, daß ihm seine eigene Entscheidung nicht zugerechnet wird, er vielmehr durch den gesetzlichen Vertreter die Möglichkeit erlangt, so vernünftig zu entscheiden wie ein Erwachsener.

Soweit also innerhalb der Rechtshandlungen die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsfolge ist, ist es mit der Forderung der Gerechtigkeit nach "Gleichbewertung des Gleichsinnigen"¹⁾ unvereinbar, den Unmündigen als verantwortlich zu behandeln und von einer entsprechenden Anwendung der §§ 104 ff. BGB abzu-
zusehen.

4. Ergebnis zu II

Als Ergebnis obiger Ausführungen läßt sich feststellen: Die §§ 104 ff. BGB treffen ihrem Sinn nach sämtliche Rechtshandlungen, bei denen die Rechtsfolge maßgeblich an den Willen des Betroffenen anknüpft. In diesen Fällen ist der Minderjährige mehr zu schützen als der Rechtsverkehr. Von einer entsprechenden Anwendung der §§ 104 ff. BGB ist jedoch abzusehen, wenn Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge nicht so sehr das Willensmoment als ein tatsächlicher Zustand ist.

Das Abstellen auf die Maßgeblichkeit des Willensmomentes ist insoweit nicht neu, als es auch der Grundgedanke für die Unterscheidung Rechtsgeschäft, rechtsgeschäftsähnliche und rein tatsächliche Handlungen gewesen sein wird. Es wird sich jedoch zeigen, daß auch auf einige als "rein tatsächlich" charakterisierte Handlungen die §§ 104 ff. BGB Anwendung finden, weil der Gesetzgeber die Rechtsfolge maßgeblich an das willentliche Verhalten knüpft. Infolgedessen kann auch die

1) Larenz, Methodenlehre, S. 254.

Unterscheidung Rechtsgeschäft, rechtsgeschäftsähnliche und rein tatsächliche Handlung nicht entscheidend für die Anwendung des Rechtsgedankens der §§ 104 ff. BGB sein¹⁾.

III. Einsichtsfähigkeit als Maßstab der Rechtswirksamkeit

Fraglich bleibt allerdings, ob nicht dem Anliegen, einen Nichtvolljährigen vor unvernünftigen Entscheidungen in eigenen Angelegenheiten zu schützen, durch ein Abstellen auf die jeweilige Einsichtsfähigkeit hinreichend Rechnung getragen wird und von den starren Altersgrenzen der §§ 2, 104 ff., 1626 BGB abgewichen werden kann.

1. Anwendungsbereich der §§ 827, 828 ff. BGB

In der Literatur²⁾ wird teilweise versucht, das Problem mit einer entsprechenden Anwendung der Regeln über die Schuld- und Deliktsfähigkeit zu lösen. Diese Ansicht läßt sich nur dann aufrechterhalten, wenn sie mit der den §§ 827, 828 BGB zugrunde liegenden Wertung vereinbar ist.

Die §§ 827, 828 BGB bilden einmal den Haftungsmaßstab für die Tatbestände der unerlaubten Handlungen. Danach ist der Minderjährige für die Verletzung von absoluten Rechtsgütern, Schutzgesetzen usw. insoweit verantwortlich, als er die erforderliche Einsicht besitzt, das Unrecht seiner Handlung zu erkennen. Darüber hinaus werden die §§ 827, 828 BGB nach § 276 I, 3 BGB als Haftungsmaßstab auch im Vertragsrecht herangezogen. Im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses hat der Minderjährige die durch Leistungsstörungen oder sonstiges pflichtwidriges Verhalten verursachten Schädigungen des Partners zu vertreten, wenn er nach seiner geistigen Entwicklung in der Lage ist, "das Verboten-

1) Vgl. v. Hippel, Privatautonomie, S. 37.

2) Vgl. oben S. 25 d.A.

sein seines Tuns und damit zugleich die Verpflichtung zu erkennen, in irgendeiner Weise für die Folgen seines Tuns einzustehen".¹⁾

Die §§ 827, 828 BGB sind also Haftungsmaßstab für die Fälle, in denen die Rechtsfolge an ein objektiv rechtswidriges Verhalten anknüpft. Für die Wirksamkeit der Vornahme einer rechtmäßigen Handlung kommt es aber nicht auf die Einsicht in das Unrecht der Tat an, sondern darauf, ob der Minderjährige in der Lage war, die - u.U. nachteiligen - Rechtsfolgen seines rechtmäßigen Verhaltens in ihren Auswirkungen zu beurteilen.²⁾ Infolgedessen kommt der Rechtsgedanke der §§ 827, 828 BGB bei rechtmäßigen Rechtshandlungen auch nicht zum Zuge.

2. Der Umfang der Schutzbedürftigkeit

Eine andere Richtung³⁾ sieht denn auch von einer analogen Anwendung der §§ 827, 828 BGB ab. Vielmehr begründet sie die Ansicht, daß Rechtshandlungen Minderjähriger seien bei entsprechender Einsichtsfähigkeit wirksam, mit der Erwägung, das Schutzbedürfnis des Minderjährigen entfalle, wenn er nach seiner geistigen und sittlichen Reife in der Lage sei, Bedeutung und Tragweite der Handlung zu erkennen.

a) Rechtsgedanke der §§ 104 ff. BGB

Die den §§ 104 ff. BGB zugrundeliegenden Wertungen stehen dieser Auffassung nicht entgegen. Denn wie oben dargelegt, ist Sinn und Zweck der §§ 104 ff. BGB denjenigen zu schützen, der nicht den erforderlichen "Grad geistiger und geschäftlicher Erfahrung" besitzt, um ungefährdet im Rechtsverkehr auftreten zu können⁴⁾.

1) Larenz, Schuldrecht I, § 19 IV.

2) Vgl. auch Lenckner, ZStrW 72, 454; Canaris, NJW 1964, 1991.

3) Vgl. oben S. 27 Anm. 1) und 2) d.A.

4) Motive I, S. 131.

Ist der Minderjährige also nach seiner geistigen Entwicklung in der Lage, gleich einem Erwachsenen eigenverantwortlich zu handeln und ungefährdet am Rechtsverkehr teilzunehmen, so greift der Schutzgedanke der §§ 104 ff. BGB nicht mehr ein.

b) Sinn und Zweck der elterlichen Gewalt

In dem Abweichen von den festen Altersgrenzen könnte jedoch eine unzulässige Beeinträchtigung des Rechts der elterlichen Gewalt (§ 1626 BGB, Art. 6 II GG) liegen. Danach haben die Eltern das Recht und die Pflicht, für die materiellen und ideellen Interessen zu sorgen.

Das Abstellen auf die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen stellt eine Beeinträchtigung des Sorgerechts dar, wenn dieses ein elterliches Eigeninteresse verwirklichen und schützen soll.

Sieht man in der elterlichen Gewalt ein Herrschaftsrecht an der Person des Kindes, so ist ein elterliches Eigeninteresse zu bejahen.

Im römischen Recht war die elterliche Gewalt als patria potestas reines Herrschaftsrecht des Vaters. Sie dauerte fort, solange der Hausvater lebte, es sei denn, er entließ das Kind bereits vorher aus seiner Gewalt¹⁾. Als Beherrschungsrecht an einer fremden Person wird das Elternrecht teilweise auch jetzt noch in der Literatur²⁾ bezeichnet, da es die Rechtsmacht verleihe, auf eine bestimmte andere Person - d.h. das Kind - als Objekt unmittelbar einzuwirken.

"Personen als Rechtsobjekte zu denken" ist jedoch "mit modernem Rechtsdenken", das von der Freiheit und Gleichheit aller Privatrechtssubjekte ausgeht, unvereinbar³⁾. Darüber hinaus widerspricht es dem in Art.

1) Vgl. Motive IV, S. 721 f.; Lehmann-Henrich, Familienrecht, § 23 I.

2) Enneccerus-Nipperdey, § 73 I 1, 2; § 77 I; Raiser in JZ 1961, S. 470; v. Tuhr I, § 6 III.

3) Reuter, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, S. 81; Gernhuber, FamRZ 1962, S. 89 ff.

1 I GG verankerten Anspruch des Menschen auf Achtung seiner Würde, daß er "zum Objekt, zu einem bösen Mittel herabgewürdigt wird, das fremder Interessenverfolgung dient"¹⁾.

Ein elterliches Eigeninteresse läßt sich auch nicht aus dem grundrechtlich (Art. 6 II GG) geschützten Recht auf Erziehung des Kindes herleiten. Das Wesen der Erziehung liegt in der Persönlichkeitsbildung²⁾. Ist nun aber im konkreten Fall der Minderjährige zur Persönlichkeit gereift und in der Lage, gleich einem Erwachsenen seine ideellen und materiellen Interessen selbst wahrzunehmen, so bedarf es keiner erzieherischen Einflußnahme mehr. In den Motiven³⁾ heißt es denn auch: "Aus dem Begriff und Zweck des Erziehungsrechts folgt, daß dasselbe nur solange und insoweit ausgeübt werden darf, als im Interesse des Kindes ein Bedürfnis dazu vorhanden ist."

Trifft das Kind also ernstliche und vernünftige Entscheidungen, so wird es regelmäßig mißbräuchlich sein, wenn die Eltern hiergegen ihren eigenen Willen durchsetzen.⁴⁾

Es bleibt daher festzustellen: Sinn und Zweck der elterlichen Gewalt ist, für die Person und das Vermögen des Unmündigen zu sorgen, *w e i l* und soweit dieser nicht in der Lage ist, seine materiellen und ideellen Interessen selbst wahrzunehmen. Ein elterliches Eigeninteresse soll mit § 1626 BGB und Art. 6 II

1) Reuter, aaO.

2) Vgl. Westermann, Person und Persönlichkeit, S. 25; Lehmann-Henrich, § 24 I 1; Huber, Reden über Erziehung, S. 41.

3) Motive IV, S. 750.

4) Vgl. Westermann, Person und Persönlichkeit, S. 26; Motive IV, S. 750; RGZ 71, 221: "Die Begrenzung auf das wahrzunehmende Interesse des Mündels ist durch Zweck und Rechtsnatur der (gesetzlichen) Vertretungsmacht an sich gegeben...". Vgl. auch Müller-Freienfels, aaO., S. 368.

GG nicht verwirklicht werden. Mit Gernhuber¹⁾ läßt sich sagen, daß die elterliche Gewalt in ihrer Idealgestalt enden muß, "sobald das Kind zur Selbstbestimmung fähig geworden ist."

Für unser Problem bedeutet dies: Es würde keine unzulässige Beeinträchtigung des Rechts der elterlichen Gewalt darstellen, die Wirksamkeit einer Rechtshandlung des Minderjährigen unabhängig von der Vollendung des 21. Lebensjahres allein nach seiner Einsichtsfähigkeit (Selbstbestimmungsfähigkeit) zu beurteilen.

3. Das Prinzip der Rechtssicherheit

Auch in den Motiven²⁾ wird eingeräumt, man könne daran denken, "das Ende der Schutzbedürftigkeit nach der tatsächlichen Voraussetzung zu bestimmen, daß im einzelnen Falle die Person des Kindes eine selbständige Lebensstellung erlangt habe." Möge diese Lösung auch theoretische Gründe für sich haben, so sei sie aber aus praktischen Erwägungen abzulehnen. Denn wann und ob der Minderjährige die Fähigkeit zur Selbstbestimmung besitzt, sei bestreitbar und dritten Personen nicht mit Gewißheit ersichtlich. Im Interesse der Verkehrssicherheit müsse man deshalb den Zeitpunkt des Endes der elterlichen Gewalt so bestimmen, daß er sowohl dem Verkehrsschutzinteresse gerecht werde als auch "im Durchschnitt das Richtige" treffe³⁾.

Bei der Errichtung der starren Altersgrenzen ließ sich der Gesetzgeber also von zwei Gesichtspunkten leiten: Einmal wollte er dem Interesse des Rechtsverkehrs an klaren Rechtsverhältnissen gerecht werden; zum andern ging er bei der Festlegung der Volljährigkeitsgrenze davon aus, daß der Minderjährige mit Vollendung

1) Gernhuber, Familienrecht, § 49 VI 1.

2) Motive IV, S. 726.

3) Motive IV, S. 726.

des 21. Lebensjahres durchschnittlich denjenigen Grad geistiger und sittlicher Reife erlangt, der ihn befähigt, eigenverantwortlich am Rechtsverkehr teilzunehmen.¹⁾

Wir haben oben dargelegt, daß ein Abweichen vom gesetzgeberischen Willen nur dann zulässig ist und als Akt legitimer Rechtsfortbildung angesprochen werden kann, wenn "sich nach Erlaß des Gesetzes die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend geändert haben oder sich die dem Gesetz zugrundeliegenden Wertungen so grundlegend gewandelt haben, daß die Anwendung des Gesetzes mit dem heutigen Rechtsempfinden unvereinbar wäre" ²⁾. Infolgedessen kann die Rechtswirksamkeit einer Handlung des Minderjährigen auch nur dann nach seiner Einsichtsfähigkeit beurteilt werden, wenn der vom Gesetzgeber mit der Festlegung der Mündigkeitsgrenze auf die Vollendung des 21. Lebensjahres verfolgte Zweck heute gegenstandslos geworden ist.

Man kann darüber streiten, ob die Beibehaltung fester Altersgrenzen im Interesse der Rechtssicherheit unerlässlich ist. Immerhin hat sich bei der Deliktshaftung gezeigt, daß ihre Abhängigkeit von der Einsichtsfähigkeit (§ 828 II BGB) dem Interesse an sachgerechten und mit dem Prinzip der Rechtssicherheit zu vereinbarenden Ergebnissen nicht entgegensteht. Auch im ausländischen Recht finden wir Normen, nach denen die Rechtswirksamkeit von Entscheidungen des Unmündigen von seiner Einsichtsfähigkeit abhängig gemacht wird. So kann gem. Art. 19^a Abs. 2 ZGB der urteilsfähige Unmündige ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters Rechte ausüben, die ihm um seiner Persönlichkeit

-
- 1) Der Tatsache, daß die vom Beginn des 8. bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres reichende Altersklasse Personen umfaßt, die in ihrer geistigen Entwicklung auf sehr unterschiedlicher Stufe stehen, glaubte man, durch die Errichtung der §§ 110, 112, 113 BGB genügend Rechnung getragen zu haben.
(Motive I, S. 53.)
- 2) G.u.D. Reinicke, NJW 1952, S. 1033 ff. (1036).

willen zustehen. Wie Gmür¹⁾ feststellt, hat sich diese Regelung als praktikabel erwiesen.

Dennoch sind die festen Altersgrenzen der Rechtssicherheit förderlich. So würde es z.B. für den Arzt eine erhebliche Unsicherheit darstellen, wenn man mit dem Bundesgerichtshof²⁾ die Wirksamkeit der Einwilligung des Minderjährigen in den operativen Eingriff von der "geistigen und sittlichen Reife, die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung" zu erkennen, abhängig macht³⁾. Denn bei einer schuldhaft falschen Beurteilung der Verstandesreife wäre der Arzt Schadensersatzansprüchen ex delicto ausgesetzt. Auch für den Geschäftspartner eines Minderjährigen bliebe das Risiko, ob er auf die Einsichtsfähigkeit seines Partners vertrauen und das vereinbarte Geschäft abwickeln kann oder nicht. Würde sich nämlich nach Abwicklung des Leistungsverhältnisses herausstellen, daß der Minderjährige nicht einsichtsfähig war, so könnte dieser die von ihm erbrachten Leistungen gem. den §§ 812 ff. BGB herausverlangen, und zwar selbst dann, wenn der Bereicherungsanspruch des geschäftsfähigen Partners gem. den §§ 812, 818 III BGB ausgeschlossen wäre.⁴⁾

Schließlich wäre bei einem Abweichen von den starren Altersgrenzen auch die Ausübung der elterlichen Gewalt (§ 1626 BGB) mit erheblichen Unsicherheitsfaktoren verbunden. Denn da das elterliche Sorgerecht seinem Sinn und Zweck nach enden muß, sobald der Minderjährige zur Selbstbestimmung fähig ist, hätten die Eltern im konkreten Fall stets zu prüfen, ob sie

1) Gmür, Das ZGB verglichen mit dem BGB, S. 54, Fußn. 5.

2) BGHZ 29, 33-37.

3) Vgl. auch Staudinger-Donau, § 1626, Rdnr. 78; Bosch in FamRZ 1959, S. 202 ff. (203), lehnt denn auch aus Gründen der Rechtssicherheit die Entscheidung des BGH ab.

4) Zugunsten des Minderjährigen gilt die Zweikonditionentheorie. Vgl. dazu die Ausführungen unten, S. 111 ff. der Arbeit.

noch befugt sind, auf das Kind einzuwirken. Ist dieses aufgrund seiner geistigen und sittlichen Reife selbst in der Lage, eigenverantwortlich am Geschäftsverkehr teilzunehmen, dürften die Eltern keinen Einfluß mehr auf seine Entscheidung nehmen.

Die Überlegung des Gesetzgebers, mit der Errichtung starrer Altersgrenzen dem Interesse der Verkehrssicherheit zu dienen, ist also nicht gegenstandslos geworden. Infolgedessen kann es auch nicht als Akt legitimer Rechtsfortbildung angesehen werden¹⁾, wenn man die Wirksamkeit einer Entscheidung des Minderjährigen nach der Einsichtsfähigkeit und nicht nach der Volljährigkeit beurteilt.

Allerdings ist zuzugeben, daß die Festlegung der Mündigkeitsgrenze auf die Vollendung des 21. Lebensjahres den Bedürfnissen eines modernen Geschäftsverkehrs nicht mehr in vollem Umfange gerecht wird²⁾. Der Minderjährige ist heute vielfach eher in der Lage, selbständig und vernünftig zu entscheiden. Es wäre daher auch angemessener, wenn der Gesetzgeber die Volljährigkeitsgrenze herabsetzen würde, etwa auf das 18. Lebensjahr³⁾.

4. Ergebnis zu III

Die mit der Festlegung starrer Altersgrenzen (§§ 2, 104 ff., 1626 BGB) verbundenen gesetzgeberischen Wertungen haben auch heute noch ihre Gültigkeit. Als Maßstab für die Wirksamkeit einer Rechtshandlung kann demzufolge auch nicht die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen herangezogen werden. Es bleibt die Forderung an den Gesetzgeber, idealere Lösungen zu schaffen.

1) So aber Gernhuber, Familienrecht, § 49 IV 4, in seiner Stellungnahme zu BGHZ 29, 33 ff.

2) Vgl. Schwimann, aaO., S. 137; v.Hippel, Privatautonomie, S. 137; Merkel, aaO., S. 81 ff.

3) Vgl. Schwimann, aaO.

IV. Wechselbezüglichkeit von Berechtigung und Verpflichtung

Soweit der Rechtsgedanke der §§ 104 ff. BGB auf Rechtshandlungen anwendbar ist, stellt sich weiter die Frage, ob mit den Pflichten auch die Rechte des Minderjährigen entfallen.

Ein Blick in die Motive¹⁾ zeigt, daß § 107 BGB primär auf gegenseitige Verträge Bezug nimmt. Bei ihnen stehen die Rechte und Pflichten in einem Abhängigkeitsverhältnis voneinander; "jeder Vertragspartner verspricht seine Leistung um der anderen willen"²⁾. Daher sind sie auch "als ein Ganzes zu behandeln"³⁾, und sie bedürfen wegen ihres nicht nur vorteilhaften Inhalts der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Wird diese verweigert, so ist der Vertrag von Anfang an als für beide Teile unwirksam zu betrachten. Eine einseitige Berechtigung des Minderjährigen ist unzulässig. Sein Schutz kann nicht weiter ausgedehnt werden, "als es mit der materiellen Gerechtigkeit verträglich ist"⁴⁾. So heißt es in den Motiven⁵⁾ wörtlich: "Es erscheint nicht angemessen, den anderen Vertragsschließenden ..., sei es auch nur formell, ungünstiger zu stellen als den Minderjährigen, insbesondere ... den Minderjährigen als völlig frei, den anderen Vertragsschließenden als an sich verpflichtet zu behandeln, und ihn nur durch die Gewährung einer Einrede gegen die Ansprüche des Minderjährigen zu schützen". "Keiner der Vertragsschließenden soll die durch den Vertrag bestimmten Rechte haben, wenn nicht auch der andere Teil die für ihn bedungenen Rechte erhält"⁶⁾.

1) Motive I, S. 134.

2) Palandt-Danckelmann, Einführung vor § 320, Anm. 1c; Siebert-Reimer Schmidt, § 326, Rdnr. 2.

3) Motive I, S. 134.

4) Motive I, S. 133.

5) Motive I, S. 136.

6) Motive I, S. 134.

Die Übertragung dieser Gedanken auf Rechtshandlungen führt zu dem Ergebnis, daß immer dann, wenn nach dem Willen der Parteien aus dem Verhalten des Minderjährigen erwachsende Rechte und Pflichten einander bedingen, mit den Pflichten auch die Rechte entfallen.

Stehen dagegen Rechte und Pflichten nicht in einem derartigen Abhängigkeitsverhältnis voneinander, so können trotz eines Fortfalls der Pflichten die Rechte des Minderjährigen bestehen bleiben.

Dies wird durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 31.1.1967 ¹⁾ bestätigt. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein 20jähriger hatte ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ein Kraftfahrzeug gemietet und es bei einem Unfall beschädigt. Nach Ablauf von 8 Monaten klagte der Kraftfahrzeugvermieter auf Schadensersatz. Der Bundesgerichtshof wandte trotz Unwirksamkeit des Mietvertrages § 558 BGB entsprechend an und wies die Klage infolge Verjährung ab. Obgleich also der Vertrag wegen der sich aus ihm für den Minderjährigen ergebenden rechtlichen Nachteile unwirksam war, blieben die für den Minderjährigen günstigen Auswirkungen erhalten. ²⁾

V. Zusammenfassung zu § 12

Wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolge maßgeblich an ein willensmäßiges Verhalten anknüpft, sind die §§ 104 ff. BGB entsprechend anzuwenden.

Zwischen Berechtigung und Verpflichtung kann dann

1) BGH in NJW 1967, S. 980.

2) Bemerkenswert ist auch, daß der Bundesgerichtshof (BGHZ 17, 160 ff.(167)) die Frage nach den Rechten des Minderjährigen, der sich in rechtsgeschäftlich unwirksamer Weise an einer Gesellschaft beteiligt, als durchaus erwägenswert ansieht, obgleich er Pflichten des Minderjährigen aus einem faktischen Gesellschaftsverhältnis ablehnt.

- und nur dann - unterschieden werden, wenn Rechte und Pflichten einander nicht bedingen.

Von den festen Altersgrenzen (§§ 2, 104, 1626 BGB) kann nicht abgewichen werden.

Kapitel 3: Lösung der Einzelprobleme

Nach diesen allgemeinen Darlegungen können wir uns der Lösung der eingangs geschilderten Einzelprobleme zuwenden. Inwieweit dem Unmündigen aus den nachfolgend aufgeführten Rechtsinstituten Rechte und Pflichten erwachsen können, richtet sich, wie wir oben dargelegt haben, nach dem Anknüpfungspunkt der Rechtsfolgen. Ist er in einem Willensmoment zu sehen, so müssen die §§ 104 ff. BGB entsprechend angewendet werden.

§ 13. culpa in contrahendo

Als erstes soll die Frage nach den Rechten und Pflichten des Unmündigen aus culpa in contrahendo beantwortet werden.

I. Pflichten des Unmündigen aus culpa in contrahendo

1. Umfang der Pflichten aus culpa in contrahendo im allgemeinen

Nach der Lehre der culpa in contrahendo obliegen den Parteien bei der Anbahnung von Verträgen umfangreiche Verhaltenspflichten. Diese werden ihrem Inhalt nach in der Literatur¹⁾ vielfach als Schutzpflichten, Aufklärungs- und Mitteilungspflichten gekennzeichnet. Zu den Schutzpflichten zählt vor allem die Pflicht, Schäden von der Person oder dem Vermögen des Verhand-

1) Fikentscher, Schuldrecht, § 20 II; Larenz, Schuldrecht I, § 4 V 2; Siebert-Knopp, § 242, Rdnr. 36 (10. Aufl.); Soergel-Siebert, § 242, Rdnr. 25 und 66; Esser, § 10, 2; Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 33 II 2 b.

lungspartners fernzuhalten¹⁾. So ist nach der Rechtsprechung beispielsweise der Inhaber eines Warenhauses nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo ersatzpflichtig, wenn ein Kunde im Geschäft auf einer Bananenschale ausrutscht²⁾ oder durch eine umfallende Linoleum-Rolle verletzt wird³⁾. Inhalt der Aufklärungs- und Mitteilungspflichten ist, daß die Parteien im Hinblick auf den zu erwartenden Vertragsschluß redlich vorgehen. Sie haben unrichtige oder irreführende Angaben, die den Partner zum Abschluß eines ungünstigen oder Nichtabschluß eines für ihn günstigen Vertrages veranlassen können, zu unterlassen⁴⁾. So greift z.B. die Haftung aus culpa in contrahendo dann ein, wenn in dem Verhandlungspartner schuldhaft das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages oder das Bestehen eines längeren Vertrages erweckt und dieser hierdurch zu Aufwendungen veranlaßt wird, die bei pflichtgemäßer Offenbarung der wahren Verhältnisse nicht gemacht worden wären⁵⁾.

Die Haftung geht in Anknüpfung an die §§ 122, 179, 307, 309 BGB grundsätzlich auf Ersatz des negativen Interesses, d.h. des Vertrauensschadens⁶⁾. Der geschädigte Teil ist so zu stellen, wie er stünde, wenn es nicht zu der schädigenden Handlung gekommen wäre. Das negative Interesse findet seine Grenze am Erfüllungsinteresse. Wäre ohne das schuldhafte Verhalten des Gegners der Vertrag zustande gekommen, so ist das negative Interesse mit dem Erfüllungsinteresse

1) Larenz, aaO.; Soergel-Siebert, § 242, Rdnr. 66.

2) BGH in NJW 1962, S. 31 f.

3) RGZ 78/239 ff.

4) Larenz, Schuldrecht I, § 4 V 3; vgl. auch RGZ 120, 249 ff. (252).

5) Erman, § 276, Anm. 8a; BAG in NJW 1963, S. 1843 f.; RGZ 159, 33 ff. (55).

6) Vgl. RGZ 95, 60; 132, 77 ff. (79); BGHZ 18, 248 ff. (253); 14, 313 ff.; SchleswHolstOLG in JZ 1952, S. 592 f.; Esser, § 10, 3.

identisch¹⁾. Im Einzelfall kann das negative Interesse sogar über das Erfüllungsinteresse hinausgehen, nämlich dann, wenn der andere Teil ohne die Pflichtverletzung den Vertrag geschlossen hätte, so aber anderwärts einen Vertrag mit wesentlich ungünstigeren Bedingungen schließen mußte.²⁾ Gegenüber der deliktsrechtlichen Haftung weist die aus culpa in contrahendo für den Geschädigten erheblichen Vorteil auf, daß er bei einem Verschulden des Erfüllungsgehilfen Ersatzansprüche gem. § 278 BGB geltend machen kann.

2. Anknüpfungspunkt der Rechtsfolgen

Ist der Anknüpfungspunkt oben aufgezeigter Rechtsfolgen in einem Willensmoment zu sehen, so muß der Rechtsgedanke der §§ 104 ff. BGB auch im Rahmen der culpa in contrahendo berücksichtigt werden. Dem Unmündigen könnten keine Pflichten aus culpa in contrahendo erwachsen.

a) Ansicht des Reichsgerichts, Sibers' und Stolls

Das Reichsgericht³⁾ sah die Grundlage der culpa in contrahendo zunächst in dem späteren Vertrag. Diese Ansicht ist überholt. Sinn und Zweck der culpa in contrahendo ist es gerade, auch die Fälle zu erfassen, in denen es nicht zum Vertragsschluß kommt. Dies wird durch zahlreiche Entscheidungen bestätigt⁴⁾.

Siber⁵⁾ leitet die Haftung aus culpa in contrahendo dagegen nicht aus dem späteren Vertrag ab, sondern aus einem selbständigen, stillschweigend geschlossenen vorbereitenden Vertrag. Als Begründung führt er an, daß

1) Vgl. OLG Hamburg in MDR 1961, S. 54.

2) Erman, § 276, Anm. 8 b.

3) RGZ 95, 60.

4) Vgl. BGH in NJW 1962, S. 31 f.; in MDR 1954, S. 346; BGHZ 18, 248 ff. (252 f.); OLG Celle in MDR 1952, S. 554.

5) Siber in JheringsJ Bd. 70, S. 223 ff. (258 f.).

rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten¹⁾ nur durch Rechtsgeschäft begründet werden könnten. Bei Zugrundelegung dieser Argumentation sind die §§ 104 ff. BGB unmittelbar anwendbar. Sibir kann jedoch nicht gefolgt werden. Eine die Partei bindende Willenseinigung tritt erst mit Vertragsschluß ein. Solange sie sich im Stadium von Vorverhandlungen oder einer Anbahnung von Verhandlungen bewegen, wollen sie sich gerade in keiner Form rechtsgeschäftlich binden²⁾. Im übrigen lassen sich auch nach der Lehre Sibers die Fälle nicht erfassen, in denen es zu einem persönlichen Kontakt zwischen den Parteien noch gar nicht gekommen ist, wie etwa in dem BGH-Fall³⁾, wo einem Kunden, der unmittelbar nach Betreten des Warenhauses auf einer Bananenschale ausgerutscht war, Ersatzansprüche aus culpa in contrahendo zugesprochen wurden. Hier von einer stillschweigenden Willenseinigung zu sprechen, wäre eine reine Fiktion.⁴⁾

Stoll⁵⁾ sieht denn auch von der Konstruktion eines Vertrages ab. Nach ihm⁶⁾ kommt das vorvertragliche Schuldverhältnis der culpa in contrahendo durch einseitiges Rechtsgeschäft zustande, das in dem Vertragsangebot oder der Aufforderung zum Eintritt in die Vorverhandlung zu sehen sei. Auch dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Es ist offensichtlich, daß allein die Kundgabe der Verhandlungsbereitschaft keine Ersatzpflicht aus culpa in contrahendo begründen kann. Voraussetzung ist, daß es zu einem Kontakt mit einer anderen Person gekommen ist, die in irgendeiner

1) Von der Entstehung "rechtsgeschäftlicher" Verbindlichkeiten im Vorfeld des Vertragsschlusses sprach ursprünglich auch das Reichsgericht. RGZ 78, 239 ff. (240).

2) Vgl. Ballerstedt, AcP Bd. 151, S. 503 (505).

3) BGH in NJW 1962, S. 31 f.

4) Vgl. Lehmann-Hübner, § 33 II 2 b.

5) Stoll, LZ 1923, Sp. 532 ff.

6) Stoll, aaO., Sp. 544.

Form auf die Angebote eingeht.¹⁾

b) Herrschende Meinung und Dölle

Nach heute herrschender Meinung²⁾ hat das Institut der culpa in contrahendo keinen rechtsgeschäftlichen Charakter. Die Haftung aus culpa in contrahendo trete nicht kraft privatautonomer Gestaltung ein; sie sei unabhängig von einem auf sie gerichteten Parteiwillen. Sie beruhe "allein auf dem objektiven Recht, letztlich auf dem Prinzip von Treu und Glauben"³⁾ oder, um mit Ballerstedt⁴⁾ zu sprechen, auf der Gewährung und Inanspruchnahme von Vertrauen.

Nach Dölle⁵⁾ ist entscheidende Grundlage der besonderen Schutzpflichten aus culpa in contrahendo der "soziale Kontakt, vermöge dessen eine Person zur Erreichung eines bestimmten Zwecks ihre Lebensgüter dem Einfluß und damit der Obhut und Sorgfalt einer anderen Person anvertraut"⁶⁾. Ein derartiger sozialer Kontakt sei bereits gegeben, wenn jemand in die Rechtssphäre eines anderen mit dessen Willen oder zwar ohne oder gegen dessen Willen, aber unter Billigung der Rechtsordnung⁷⁾ eintrete.⁷⁾ So sei eine über die §§ 823 ff. BGB hinausgehende Haftung bereits dann anzunehmen, wenn ein Gerichtsvollzieher in Ausübung seines Amtes die Wohnung eines anderen betrete und dabei zu Schaden komme.⁸⁾

Stimmt man der herrschenden Meinung und Dölle

1) Ballerstedt in AcP Bd. 151, S. 506; Dölle, ZStW Band 103, S. 71.

2) Vgl. oben, S. 6 und dort Anm. 2).

3) Larenz, Schuldrecht I, § 4 V 1.

4) Ballerstedt, aaO., S. 506 f.

5) Dölle, aaO., S. 73 ff. So auch im Anschluß an Dölle Blomeyer, Schuldrecht (1953), S.80 und 125; derselbe, Schuldrecht (3.Aufl.), S. 72; vgl. weiterhin auch Siebert-Knopp, (10.Aufl.), § 242, Rdnr. 105.

6) Dölle, aaO., S. 74.

7) Dölle, aaO., S. 75.

8) Dölle, aaO., S. 76.

darin zu, daß die Entstehung des Rechtsverhältnisses der culpa in contrahendo völlig unabhängig vom Willen der Beteiligten ist, so müssen nach unseren oben gemachten allgemeinen Darlegungen auch für den Minderjährigen und Geschäftsunfähigen Rechte und Pflichten aus culpa in contrahendo entstehen können. Zu diesem Ergebnis kommt denn auch Dölle¹⁾.

c) Stellungnahme

aa) Kritik an Dölle

Geht man mit Dölle davon aus, daß allein schon die rechtmäßige Einordnung der Rechts- und Lebensgüter in den Organisationsbereich eines anderen besondere Erhaltungspflichten begründet, so heißt das mit anderen Worten: Jeder, der eine dem allgemeinen Verkehr zugängliche Gefahrenquelle eröffnet, haftet nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo, wenn Dritten hieraus Schäden für Person oder Vermögen erwachsen. Die Lehre Dölles führt also zur Gleichstellung der Schutzpflichten aus culpa in contrahendo mit der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht²⁾. Denn Inhalt der Verkehrssicherungspflicht ist, die von einer Gefahrenquelle allgemein drohenden Gefahren abzuwenden und für eingetretene Schäden gem. den §§ 823 ff. BGB zu haften.³⁾ Verantwortlich ist derjenige, der den gefährlichen Zustand geschaffen hat, indem er den Verkehr tatsächlich zuließ oder andauern ließ⁴⁾.

Dölles Auffassung, entscheidende Grundlage der Haftung aus culpa in contrahendo sei die Aufnahme sozialen Kontakts, läßt sich demnach nur aufrechterhalten, wenn die Rechtsbasis der Schutzpflichten aus culpa in contrahendo identisch ist mit der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht.

1) Dölle, ZStW Bd. 103, S. 84.

2) Vgl. Larenz, MDR 1954, S. 517.

3) Vgl. Siebert-Schräder, § 823, Rdnr. 70 ff.

4) BGHZ 16, 95 ff. (96).

Es gibt Fälle, in denen die Haftung aus Verletzung der Verkehrssicherungspflicht und aus culpa in contrahendo an ein und dasselbe Verhalten anknüpft. So haftet etwa der Warenhausinhaber gegenüber einem Kunden, der auf einer Bananenschale ausrutscht, sowohl gem. §§ 823 ff. BGB, als auch nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo. Dennoch ist das Institut der culpa in contrahendo auf andere Wertungen als die allgemeine Verkehrssicherungspflicht zurückzuführen.

Dies läßt sich besonders deutlich anhand der Beziehungen Kaufhausinhaber-Kunde aufzeigen. Der Inhaber eines Kaufhauses hat ein besonderes Interesse daran, daß sein Warenhaus von einem möglichst großen Personenkreis betreten wird; er will, daß seine Waren gekauft werden. Dabei ist das Interesse nicht nur auf diejenigen Personen bezogen, die bereits eine konkrete Kaufabsicht haben. Durch seine Auslagen und die Ausstellung der Waren will er auch die Personen, bei denen zunächst nur eine latente Kaufbereitschaft besteht, ansprechen, also auch die "potentiellen Kunden", die lediglich einen Kaufhausbummel unternehmen, um sich über Auslagen und Preise zu unterrichten¹⁾. Indem der Geschäftsherr in besonderem Maße zum Besuch und Eintritt in den von ihm beherrschten Organisationsbereich auffordert, gibt er gleichzeitig zu verstehen, daß die Kunden darauf vertrauen können und sollen, daß sie keinerlei Schäden durch den Besuch des Geschäfts erleiden werden. Er verpflichtet sich ihnen gegenüber zur Beachtung aller ihm obliegenden Sorgfaltspflichten. Nehmen die Besucher dieses ihnen angebotene und gewährte Vertrauen in Anspruch und werden sie in ihrem Vertrauen verletzt, so ist eine erhöhte Haftungs- pflicht des Geschäftsherrn gerechtfertigt. Auf Ballerstedt²⁾ ist also die Grundlage der culpa in

1) Vgl. Larenz, MDR 1954, S. 515 ff. (518).

2) Ballerstedt in AcP Bd. 151, S. 507.

contrahendo in der "Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens" zu sehen. Zu beachten ist jedoch, daß es sich bei diesem Vertrauensverhältnis nicht um ein allgemeines handelt, wie es beispielsweise der Haftung aus Verletzung der Verkehrssicherungspflicht zugrunde liegt. Auch diese kann nämlich insoweit als Vertrauenshaftung bezeichnet werden, als sie ihre Grundlage darin findet, daß man darauf vertrauen darf, daß jedermann die von seinem Besitz und Eigentum, d.h. von seiner Herrschaftssphäre ausgehenden Gefahren kontrolliert und Schädigungen verhindert.¹⁾ Doch zeigt gerade diese Begründung - Verantwortlichkeit für Gefahren, die von der eigenen Sache ausgehen - den Unterschied zur Vertrauenshaftung aus culpa in contrahendo auf. Der einzelne ist verkehrssicherungspflichtig, weil er nicht in die Rechtsgüter anderer eingreifen darf. Wenn er schon eine für andere gefährliche Sache unterhält, muß er durch besondere Maßnahmen verhindern, daß die Gefährdung sich verwirklicht. Die Verkehrssicherungspflicht ist also eng mit dem Institut der Gefährdungshaftung verwandt. Dagegen erwächst die culpa in contrahendo aus der Verpflichtung, positiv die Rechtsgüter des anderen zu schützen. Es kommt also nicht darauf an, ob man eine Gefahr für die Rechtsgüter des anderen gesetzt hat, die durch eine erhöhte Sicherungspflicht für die Gemeinschaft erträglich gemacht werden muß. Entscheidend ist vielmehr, daß man in einem anderen die Erwartung und das Vertrauen hervorgerufen hat, man werde dessen Interesse stärker beachten, als dies unter dem Gesichtspunkt der Gemeinverträglichkeit im

1) Vgl. Larenz, MDR 1954, S. 517: "Gegenseitiges Vertrauen ist ein allgemeines Prinzip des menschlichen Verkehrs".

normalen Umgang der Menschen miteinander geboten ist.¹⁾

Die Haftungsgrundlagen der culpa in contrahendo und der Verkehrssicherungspflicht sind also unterschiedlicher Natur.²⁾ Nicht jeder soziale Kontakt, wie Dölle meint, sondern ein darüber hinausgehender besondere(r) Vertrauenstatbestand ist Rechtsgrundlage der gegenüber der Verkehrssicherungspflicht verschärften Haftung aus culpa in contrahendo. Dieses Ergebnis wird in der Literatur³⁾ weitgehend bestätigt.

bb) Kritik an der herrschenden Meinung

Wenn überwiegend die Auffassung vertreten wird, daß dem Willensmoment für den Eintritt der Rechtsfolgen keinerlei Bedeutung beizumessen sei, so kann dem jedoch nicht gefolgt werden. Es wurde oben dargelegt, daß die vorvertraglichen Pflichten des Instituts der culpa in contrahendo dadurch begründet werden, daß der Verpflichtete zuvor eine entsprechende Erwartung und das Vertrauen des Berechtigten hervorgerufen hat, er werde dessen Interessen stärker beachten als dies normalerweise üblich ist. Die Verpflichtung entsteht mit-

1) Eine derartige Erwartung ruft z.B. ein Landwirt, der nur gelegentlich landwirtschaftliche Produkte an Private verkauft, nicht hervor. Denn er besitzt nicht, wie ein Kaufmann, besondere, zum Eintritt und zur Besichtigung der Waren einladende Verkaufsräume und bekundet nach außen hin kein besonderes Interesse am Kundenbesuch. Er gibt dem Privaten gegenüber, der bei ihm Geflügel oder Eier kauft, zwar zu verstehen, daß er seiner Pflicht zur Verkehrssicherung nachkommt, nicht aber, daß er darüber hinaus besondere Vorkehrungen für einen Kundenbesuch treffen will. Demzufolge hat denn auch das OLG München (in VersR 1959, 44) für diesen Fall eine Haftung des Landwirts für Unfälle auf seinem Grundstück aus Vertrag bzw. vertragsähnlichem Vertrauensverhältnis verneint.

2) Vgl. Siebert-Reimer Schmidt, vor § 275 Rdnr. 5; Larenz, MDR 1954, 518.

3) Vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 4 V a.A.; ders. in MDR 1954, 517; Ballerstedt, in AcP Bd. 151, S. 506; Diederichsen, in JuS 1966, S. 136.

hin nicht schon ohne Zutun der Privatperson kraft Gesetzes. Vielmehr knüpft sie an ein vorausgegangenes willentliches Verhalten des Verpflichteten an.¹⁾ Dem Verhalten einer Person aus Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes eine bestimmte Bedeutung beimessen, heißt nichts anderes, als es als Abbild des Willens des Handelnden als eines vernünftigen Menschen verstehen. Mit Hübner²⁾ läßt sich der Vertrauenstatbestand als Verhalten bezeichnen, "das nach objektiver Qualifizierung auf eine Willensäußerung schließen läßt". Nach objektiven Gesichtspunkten kann aber nur das Verhalten der Personen als Willensäußerung gewertet werden, die in der Lage sind, solche abzugeben und sich rechtswirksam zu verpflichten. Insoweit sind also das Vertrauensprinzip und das der Willensherrschaft untrennbar miteinander verbunden.³⁾ Nur demjenigen, der fähig ist, am Rechtsverkehr eigenverantwortlich teilzunehmen, können nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und des Vertrauensschutzes vorvertragliche Pflichten auferlegt werden, deren Verletzung ihn Schadensersatzpflichtig macht. Der Unmündige kann mangels Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung nicht herangezogen werden.⁴⁾

Es kann somit festgestellt werden: Das vorver-

-
- 1) Vgl. Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, S. 19 ff. (22), der meint, Grund der Rechtsfolgen sei "ein freiwilliges, sinnhaftes Verhalten".
 - 2) Hübner, in Festschrift für Nipperdey I, S. 386.
 - 3) Vgl. Bydlinski, Privatautonomie, S. 162.
 - 4) Vgl. Hübner, a.a.O., S. 387, der für die Zurechnung eines Verhaltens Geschäftsfähigkeit fordert, obgleich er dem Willenselement in den Fällen des Vertrauensschutzes grundsätzlich keinerlei Bedeutung beimessen will (Hübner, a.a.O., S. 388); vgl. weiter Pawlowski, a.a.O., S. 54; Hefermehl (Siebert-Hefermehl), § 122 Rdnr. 2 (10. Aufl.) und Coing bei Staudinger, § 122 Rdnr. 13, die es ablehnen, in den Fällen der nach den §§ 105, 107 BGB nichtigen Rechtsgeschäfte dem Geschäftspartner Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens nach § 122 BGB zu geben.

tragliche Vertrauensverhältnis der culpa in contrahendo und die sich daraus ergebenden Pflichten können rechtswirksam nur von demjenigen begründet werden, der die Fähigkeit besitzt, auf Grund eigenen Willensent-schlusses rechtlich verantwortlich zu handeln. Diese aber fehlt dem Unmündigen nach den Wertungen der §§ 104 ff. BGB. Infolgedessen kann er auch nicht - je-denfalls nicht ohne Zustimmung des gesetzlichen Ver-treters - das gesetzliche Schuldverhältnis der culpa in contrahendo und die damit verbundenen Pflichten be-gründen.

Das steht nicht dazu in Widerspruch, daß nach einhelliger Meinung¹⁾ § 276 BGB als Haftungsmaßstab auch im Rahmen der culpa in contrahendo herangezogen wird und § 276 I, 3 BGB die §§ 827, 828 BGB für an-wendbar erklärt. Damit zeigt der Gesetzgeber nur, daß er die Verletzung v e r t r a g l i c h e r P f l i c h t e n unter den gleichen Anforderungen an die geistige und sittliche Reife zivilrechtlich geahndet wissen will, unter denen er auch die Sanktionen wegen der Verletzung g e s e t z l i c h e r P f l i c h t e n, z.B. Gebot der Achtung fremden Eigentums (§ 823 BGB), ver-hängt. Diese Gleichstellung der V e r l e t z u n g vertraglicher und gesetzlicher Pflichten ist folge-richtig: In beiden Fällen geht es darum, ob der Ver-letzer die geistige Fähigkeit besitzt, die P f l i c h t w i d r i g k e i t seines Tuns einzu-sehen und sich entsprechend dieser Einsicht zu verhal-ten. Die §§ 827, 828 BGB enthalten die gesetzgebe-rische Wertung, daß eine solche Fähigkeit zur Einsicht in das U n r e c h t u.U. schon bei einem 7-18jähri-gen vorliegen kann. Die hier untersuchte Frage nach den Voraussetzungen für die B e g r ü n d u n g vor-vertraglicher Pflichten hat demgegenüber einen ganz

1) Vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 4 V, 3; Palandt-Danckelmann, § 276 Anm. 6; Staudinger-Kaduk, § 276 Rdnr. 30-35.

anderen Gegenstand. Hier ist das Problem angesprochen, ob ein Minderjähriger bereits reif genug ist, Pflichten auf sich zu nehmen, und zwar in r e c h t - m ä ß i g e r Weise. Genauso wenig, wie man aus § 276 BGB den Maßstab für die Reife zur Begründung vertraglicher Pflichten entnehmen kann, darf man § 276 BGB auf die Begründung vorvertraglicher Pflichten beziehen. Die Vorschrift greift vielmehr erst dann ein, wenn vorher begründete vertragliche oder vorvertragliche Pflichten verletzt werden. Sie gibt dann Aufschluß darüber, ob die Verletzungshandlung dem Täter zugerechnet werden kann.

cc) Analogie zu § 179 III, 2 BGB

Die Richtigkeit des oben gewonnenen Ergebnisses wird durch § 179 III, 2 BGB bestätigt.¹⁾ Danach haftet der beschränkt geschäftsfähige Vertreter ohne Vertretungsmacht gemäß § 179 I und II BGB nur insoweit, als er mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.

Die dem § 179 BGB zugrunde liegende Interessenlage ist mit der der culpa in contrahendo vergleichbar. Denn die Haftung des falsus procurator hat ihre Grundlage in dem Vertrauen des anderen Teils auf die Wirksamkeit der Vertretungsmacht, d.h. in dem durch die Kontaktaufnahme begründeten Vertrauensverhältnis. Dies ergibt sich eindeutig aus § 179 II, 1 BGB, wonach der Vertreter dann nicht haftet, "wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte", d.h. sein Vertrauen in die Wirksamkeit der Vertretungsmacht nicht gerechtfertigt war und somit ein Vertrauensverhältnis nicht wirksam zustandekommen konnte. Mit § 179 III, 2 BGB hat der Gesetzgeber seinen Willen zum Ausdruck gebracht, daß ein derartiges Vertrauensverhältnis auch dann nicht zustandekommen

1) Vgl. Canaris, NJW 1964, S. 1987 ff.(1988).

kann, soweit es Pflichten für den Nichtvollgeschäftsfähigen begründet.

3. Ergebnis zu I

Der Minderjährige und der Geschäftsunfähige können ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters das vertragsähnliche Vertrauensverhältnis der culpa in contrahendo und die damit verbundenen Pflichten nicht rechtswirksam begründen.

War der gesetzliche Vertreter mit der Aufnahme des geschäftlichen Kontakts einverstanden, haftet der Minderjährige gemäß § 276 I, 3 BGB für die Verletzung der Pflichten unter den Voraussetzungen des § 828 II BGB.¹⁾

II. Wechselbezüglichkeit von Rechten und Pflichten

Offen bleibt die Frage, ob mit den Pflichten des Unmündigen auch seine Rechte entfallen, er also für den Fall, daß sein Verhandlungspartner die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt, keine Ersatzansprüche aus dem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis der culpa in contrahendo hat.

Eine einseitige Berechtigung des Unmündigen läßt sich nicht schon mit der Begründung bejahen, daß ein Ausschluß der Rechte mit dem Prinzip des Minderjährigenschutzes unvereinbar sei. Denn wir haben oben gesehen²⁾, daß von einer absoluten Vorrangigkeit dieses Prinzips gegenüber dem Verkehrsschutzinteresse nicht gesprochen werden kann. Es findet vielmehr seine Grenze an dem Prinzip der Rechtssicherheit und dem allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken.

1) Vgl. Canaris, NJW 1964, S. 1988.

2) Vgl. oben S. 29, 40 f. d.A.

1. Pflichten aus culpa in contrahendo als Nebenpflichten

Für die Lösung des Problems ist - wie oben dargestellt¹⁾ - allein entscheidend, ob die Rechte und Pflichten aus dem Institut der culpa in contrahendo in einem notwendigen gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen. Ist dies der Fall, so muß das gesamte Schuldverhältnis der culpa in contrahendo den §§ 104 ff. BGB analog unterstellt werden, eine einseitige Berechtigung des Nichtvolljährigen ist zu verneinen.

Eine synallagmatische Verbindung besteht grundsätzlich nur unter den Hauptpflichten eines Leistungsverhältnisses²⁾. Darunter sind die Verbindlichkeiten zu verstehen, "welche im Rahmen des Vertragsverhältnisses eine so wesentliche Bedeutung haben, daß sie einen Teil des Äquivalents bilden, und daß ohne sie der Vertrag nicht gewollt sein würde,"³⁾ wie etwa beim Kaufvertrag die Kaufpreisforderung des Verkäufers und der Lieferungsanspruch des Käufers. Der Käufer und der Verkäufer haben sich jeweils zu ihrer Leistung um der Gegenleistung willen verpflichtet.

Eine derartige Wechselbezüglichkeit von Rechten und Pflichten läßt sich jedoch bei dem Institut der culpa in contrahendo nicht feststellen. Die Sorgfaltspflichten aus dem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis obliegen den Parteien nicht nur, weil und soweit auch die Gegenpartei dieselben Schutzpflichten treffen. Sie haben vielmehr als sogen. Sekundärpflichten oder Nebenleistungspflichten⁴⁾ ihre Grundlage unabhängig voneinander in dem Grundsatz von Treu und Glauben⁵⁾. Selbst wenn also der eine Teil seinen Sorg-

1) Vgl. oben, S. 53 ff. der Arbeit.

2) Vgl. Siebert-Reimer Schmidt, § 326, Rdnr. 5-9.

3) Erman-Böhle-Stamschräder, § 440, Anm. 2.

4) Vgl. Siebert-Knopp (10. Aufl.) § 242, Rdnr. 109; Larenz, Schuldrecht I, § 10 II f.

5) Vgl. Larenz I, aaO.; derselbe, Methodenlehre, S. 315 f.

faltspflichten nicht nachkommt, bleibt der Partner weiterhin verpflichtet, sie zu beachten. Die sich aus dem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis der culpa in contrahendo ergebenden Pflichten stehen also nicht wie die Leistungspflichten bei einem gegenseitigen Vertrag in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander¹⁾. Infolgedessen bestehen von daher auch keine Bedenken gegen eine einseitige Berechtigung des Nichtvolljährigen.

2. Der Unmündige als potentieller Vertragspartner

Einwände gegen eine einseitige Verpflichtung des Geschäftsfähigen gegenüber dem Unmündigen könnten sich jedoch aus der Rechtsnatur der culpa in contrahendo als zweckgerichtetes Vertrauensverhältnis ergeben.

Wir haben oben an Hand der Beziehungen Kaufhausinhaber-Kunde aufgezeigt, daß der die besonderen Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten begründende Vertrauenstatbestand durch den Geschäftsinhaber mit der Kundgabe des besonderen Interesses am Kundenbesuch und der Aufforderung zum Kauf gesetzt wird. Als Kunden sind dabei nicht nur die Personen anzusehen, die bereits mit konkreter Kaufabsicht ein Warenhaus betreten. Das Interesse des Geschäftsherrn erfaßt auch die latent Kaufbereiten, d.h. die potentiellen Kunden²⁾, die ein Geschäft zunächst nur betreten, um sich einen Überblick über das Warenangebot und die Preisverhältnisse zu verschaffen und sich erst dann, wenn überhaupt, zum Kauf entschließen.

Nun sind aber weder der ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters handelnde Minderjährige noch

1) Vgl. Canaris, NJW 1964, S.1989; derselbe in JZ 1965, S.482; ebenso auch Ballerstedt in AcP Bd.151, S.504, "das Verhandlungsverhältnis" kann "nicht als gegenseitiges oder überhaupt zweiseitiges Schuldverhältnis aufgefaßt werden".

2) Larenz, MDR 1954, S. 518.

der Geschäftsunfähige in der Lage, einen rechtswirksamen Kaufvertrag abzuschließen. Man könnte daher die Auffassung vertreten, ein Kaufhausinhaber sei an der Aufnahme eines geschäftlichen Kontakts mit ihnen interessiert und ersetze demzufolge auch gegenüber einem Unmündigen nicht den die Haftung aus culpa in contrahendo begründenden Vertrauensstatbestand.

a) Der Minderjährige als Kunde

Hinsichtlich der Minderjährigen ist ein besonderes Interesse des geschäftsfähigen Partners an einer Kontaktaufnahme aber zu bejahen. Diese sind insoweit potentielle Kunden, als sie mit Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder bei Eingreifen der §§ 110, 112 BGB durch ihr eigenes Verhalten wirksam einen Vertrag abschließen können. Mit dieser Fähigkeit hat ein Kaufherr zu rechnen und rechnet er auch. So haben sich viele Kaufhäuser bei einem nicht unbeträchtlichen Teil ihres Warenangebotes an den Interessen und dem Geschmack Jugendlicher orientiert, insbesondere in der Textilbranche. Die Kaufleute fordern auch die Minderjährigen auf, ihre Warenangebote zu prüfen, und zwar unabhängig davon, ob es im konkreten Fall zu einem Vertragsschluß kommt. Allein die Möglichkeit, daß der Minderjährige seinen gesetzlichen Vertreter zur Einwilligung veranlaßt oder bereits veranlaßt hat, oder daß er mit seinem Taschengeld den Kauf tätigen kann, ist ausreichend. Da also auch gegenüber dem Minderjährigen ein besonderes Interesse an der Aufnahme geschäftlichen Kontakts besteht, wird auch ihm gegenüber der die besonderen Sorgfaltspflichten aus culpa in contrahendo begründende Vertrauensstatbestand gesetzt. Infolgedessen ist der Geschäftsfähige dem Minderjährigen gegenüber einseitig aus dem

Rechtsverhältnis der culpa in contrahendo verpflichtet.¹⁾

b) Der Geschäftsunfähige als Kunde

Fraglich ist, ob auch für den Geschäftsunfähigen eine einseitige Berechtigung aus dem Institut der culpa in contrahendo bejaht werden kann.

Wir haben oben gesehen, daß Ansprüche Minderjähriger aus culpa in contrahendo gegeben sein können, weil der Geschäftsinhaber auch an einer Aufnahme geschäftlichen Kontakts mit ihnen interessiert ist. Er fordert sie zum Eintritt in seinen Geschäftsbereich auf und setzt damit den die Haftung aus culpa in contrahendo rechtfertigenden besonderen Vertrauenstatbestand. Im Gegensatz zum Minderjährigen ist nun aber der Geschäftsunfähige weder mittels Einwilligung bzw. Genehmigung des gesetzlichen Vertreters noch gem. den §§ 110, 112 BGB in der Lage, wirksam ein Rechtsgeschäft abzuschließen. Eine Aufnahme geschäftlichen Kontakts mit ihm ist daher sinnlos. Der Geschäftsunfähige läßt sich somit auch nicht als potentieller Kunde ansprechen. Der Geschäftsherr hat kein wirtschaftliches Interesse an einer Kontaktaufnahme mit Kindern. Ein derartiges Interesse läßt sich auch nicht, wie beim Minderjährigen, damit begründen, daß ein Kind nach Besichtigung des Warenangebots seine Eltern zum Kauf veranlassen könnte; denn mangels geistiger Reife sind Kinder nicht in der Lage, sinnvoller Weise auf die Anreize eines Warenangebots einzugehen. Sie erfassen die ausgestellten Waren nicht in ihrer Zweckbestimmung, sondern vom äußeren Anschein her. Sieht man einmal von kleinen Spielsachen ab, so werden sich die Eltern zum Kauf von Sachen aufgrund

1) So auch Canaris in NJW 1964, S. 1989. Zur Möglichkeit einer einseitigen Berechtigung des Minderjährigen vgl. oben, S. 53 f. der Arbeit.

eigener Überlegungen und nicht der des Kindes entschließen.

Da der Geschäftsherr also kein besonderes wirtschaftliches Interesse an der Kontaktaufnahme zu Kindern hat, läßt sich auch nicht sagen, daß er sie zum Eintritt in seinen Geschäftsbereich auffordert und ihnen gegenüber die Erwartung hervorruft, er werde ihre Interessen stärker beachten als dies unter dem Gesichtspunkt der Gemeinverträglichkeit geboten ist. Der die Haftung aus culpa in contrahendo rechtfertigende besondere Vertrauenstatbestand entsteht daher nicht.

Infolgedessen kann ein Kind gegen den Geschäftsherrn auch keine Ersatzansprüche aus culpa in contrahendo herleiten. Die gegenteilige Meinung¹⁾ führt zwangsläufig dazu, den Unterschied zwischen den aus der culpa in contrahendo erwachsenden besonderen Schutzpflichten und der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht aufzuheben.

Die rechtliche Besserstellung des Minderjährigen gegenüber dem Geschäftsunfähigen ist nicht neu. Auch der Gesetzgeber sieht sie vor. So sind Rechtsgeschäfte beschränkt Geschäftsfähiger gem. den §§ 107 ff. BGB schwebend unwirksam, die Geschäftsunfähiger aber nicht (§ 105 BGB). Der Minderjährige kann lediglich rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäfte abschließen, der Geschäftsunfähige hingegen nicht.

Schließlich liegt in dem Ergebnis, daß nur der Minderjährige, nicht aber der Geschäftsunfähige Rechte aus culpa in contrahendo herleiten kann, auch kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 GG). Denn danach sind nur die Tatbestände gleich zu bewerten, "die in den für ihre rechtliche Bewertung wesentlichen Hinsichten gleichliegen" ²⁾. Die Beziehungen des Ge-

1) So wohl Canaris, NJW 1964, S. 1989.

2) Larenz, Methodenlehre, S. 254.

geschäftsherrn zum Minderjährigen einerseits und zu einem Kinde andererseits sind jedoch in wesentlichen Punkten verschieden. Abgesehen davon, daß an einem geschäftlichen Kontakt zu einem Kind kein Interesse besteht, kann der Geschäftsunfähige für von ihm verursachte Schäden nicht nach den deliktsrechtlichen Vorschriften verantwortlich gemacht werden (§§ 823, 828 Abs.1 BGB), wohl dagegen der Minderjährige (§ 828 Abs. 2 BGB). Darüber hinaus besteht bei einem beschränkt Geschäftsfähigen auch die Vermutung, daß er die Sorgfaltspflichten, die sich aus einer geschäftlichen Kontaktaufnahme ergeben, erkennt und einhält. Von Kindern kann dies nicht erwartet werden.

Das Risiko, das in dem Rechtsverkehr mit Geschäftsunfähigen liegt, ist also wesentlich größer als bei Minderjährigen. Die Besserstellung des Minderjährigen gegenüber dem Geschäftsunfähigen im Rahmen der culpa in contrahendo ist daher mit Art. 3 GG vereinbar.

3. Ergebnis zu II

Ersatzansprüche aus culpa in contrahendo kann nur der Minderjährige, nicht der Geschäftsunfähige geltend machen.

III. Übertragung des Rechtsgedankens des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auf das vorvertragliche Vertrauensverhältnis

Man könnte allerdings daran denken, daß über eine Anwendung des Rechtsgedankens der Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter Ersatzansprüche des Geschäftsunfähigen aus culpa in contrahendo dann bejaht werden müssen, wenn dieser als Bote oder Begleiter eines Erwachsenen in den Einflußbereich eines Dritten tritt.

Die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung

zugunsten Dritter ist heute allgemein anerkannt¹⁾. Sie wird als legitime "Fortbildung des Rechts durch die Rechtsprechung" mittels "ergänzender Vertragsauslegung" angesehen²⁾.

Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung läßt sich das hier untersuchte Problem nicht lösen; denn die culpa in contrahendo erfaßt gerade die Fälle, in denen es noch nicht zu einem Vertragsschluß gekommen ist; demzufolge bleibt für eine Auslegung auch kein Raum.³⁾ Es kommt daher nur eine entsprechende Anwendung der Konstruktion auf das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo in Betracht.

Anlaß für die Lehre des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter war die Überlegung, daß die dem Schuldner eines Vertrages obliegenden Schutzpflichten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur gegenüber dem Gläubiger, sondern auch gegenüber den Personen bestehen müssen, "die durch den Gläubiger mit der Leistung des anderen Vertragsteils in Berührung kommen und deren Ergehen den Gläubiger selbst berührt" ⁴⁾. Allerdings soll dies nur insoweit gelten, als dem Schuldner die Übernahme der Verantwortlichkeit auch gegenüber dritten Personen nach Treu und Glauben zumutbar und ihm dies erkennbar ist.⁵⁾ Anders formuliert heißt das: Nimmt der Gläubiger das ihm von dem Schuldner gewährte Vertrauen in die ordnungsgemäße Abwicklung des Leistungsverhältnisses in einer diesem erkennbaren und zumutbaren Weise auch für ihm nahestehende Dritte, denen er seinerseits zu Schutz und Fürsorge

1) Vgl. BGH in NJW 1959, S. 1676 ff.; Zunft in MDR 1960, S. 543 ff.; Larenz in NJW 1960, S. 78 ff.; Palandt-Danckelmann, § 328, Anm. 2b.

2) Vgl. BGH in JZ 1960, S. 124; Larenz, NJW 1960, S. 78 ff. (79); Palandt-Danckelmann, aaO.

3) Vgl. Canaris, JZ 1965, S. 477.

4) BGH in NJW 1959, S. 1676 f. (1677).

5) Vgl. Larenz in NJW 1960, S. 78 ff. (80); derselbe Schuldrecht I, § 11 III.

verpflichtet ist¹⁾, in Anspruch, so haben diese Personen bei einer Schutzpflichtverletzung durch den Schuldner Ersatzansprüche aus positiver Forderungsverletzung i.V. mit § 328 BGB analog.²⁾ Die den Parteien im Rahmen eines Vertrages gegenüber Dritten obliegenden Schutzpflichten haben ihre Grundlage in einem Schuldverhältnis, "das seine Rechtfertigung in der Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen und seine positivrechtliche Grundlage in § 242 BGB findet" ³⁾.

Die gleichen Überlegungen - Entstehung besonderer Schutzpflichten aus Gewährung und Inanspruchnahme von Vertrauen - liegen aber, wie oben dargelegt, auch der culpa in contrahendo zugrunde. Infolgedessen kann es bezüglich der Haftung des Schuldners gegenüber Dritten bei Verletzung der ihm obliegenden Schutzpflichten auch keinen Unterschied machen, ob die Pflichtverletzung vor oder nach Vertragsschluß eintritt. Nimmt daher der Gläubiger bereits bei der Aufnahme geschäftlichen Kontakts das ihm von dem Schuldner gewährte Vertrauen aus einem erkennbaren und verständlichen Grunde auch für Dritte in Anspruch, so haftet der Schuldner bei Pflichtverletzung dem Dritten nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo⁴⁾.

1) Vgl. BGH in NJW 1959, S. 1676/77.

2) Analog, weil es sich nicht um Verträge auf Leistung an einen Dritten handelt, vgl. Larenz, NJW 1960, S. 79.

3) Canaris in JZ 1965, S. 478.

4) Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob man mit Canaris (JZ 1965, S. 479) die Grundlage der Ersatzansprüche Dritter aus culpa in contrahendo in einem einheitlichen Schutzverhältnis sieht, das mit der Aufnahme des geschäftlichen Kontakts beginnt und sich über mehrere Stufen - Beginn der Vertragsverhandlungen, Vertragsschluß, Eintritt in das Erfüllungsstadium - hinzieht, oder ob man mit Erman (AcP Band 139, S. 139, 325) und Weimar (MDR 1959, S. 266; derselbe in MDR 1960, S. 994) § 328 BGB analog heranzieht. Allerdings ist m.E. Canaris zuzustimmen.

Für unser Problem bedeutet das:

Tritt ein Erwachsener zu einem anderen in geschäftlichen Kontakt und schaltet er dabei, für den anderen Teil erkennbar, einen Geschäftsunfähigen ein, sei es als Bote oder Begleiter, so sind auch diesem gegenüber in dem nach Treu und Glauben zumutbaren Rahmen die Schutzpflichten zu beachten. Wird der Geschäftsunfähige geschädigt, so kann er demzufolge auch Ersatzansprüche aus culpa in contrahendo herleiten¹⁾.

§ 14. Sozialtypisches Verhalten

I. Verpflichtung des Unmündigen aus sozialtypischem Verhalten

Die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit der Nichtvolljährige aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens verpflichtet werden kann, richtet sich danach, welche Bedeutung dem Willensmoment im Rahmen der Leistungsverhältnisse des Massenverkehrs zukommt²⁾. Knüpft die Rechtsfolge, die Zahlungspflicht, maßgeblich an ein Willensmoment an, so kann der Unmündige nicht verpflichtet werden. Ist der Anknüpfungspunkt schließlich ein Tatbestand, in dem das Willensmoment aufgeht, so wird man auch den Unmündigen bei der Inanspruchnahme der Leistung als zahlungspflichtig ansehen müssen.

1. Argumentation Larenz', Bettis und Essers

Von diesem dogmatischen Ausgangspunkt her betrachtet, ist die Argumentation Larenz', Bettis und Essers widersprüchlich³⁾, wenn sie einerseits die Ausdehnung der Lehre vom sozialtypischen Verhalten auf den Unmündigen bejahen, dem Willensmoment also keine

1) Erman, aaO.; Weimar, aaO.

2) Vgl. oben, S. 38 ff (44) der Arbeit.

3) Larenz, NJW 1956, S. 1899; Betti, Festschrift für Heinrich Lehmann I, S. 253 ff. (265, 267); Esser, AcP Band 157, S. 86 ff (96 f.).

entscheidende Bedeutung beimessen wollen, andererseits aber die Ansicht vertreten, daß das Verhalten noch im Rahmen der Privatautonomie liege.

Die Privatautonomie findet ihre Rechtfertigung in der durch Art. 2 GG gewährleisteten Entfaltungsfreiheit, d.h. der Freiheit als Gleichberechtigter, "durch Übereinkunft rechtsschöpferisch tätig zu werden", sich "aus eigenem freien Willen miteinander vereinigen" zu können¹⁾. Die Möglichkeit, eine freie Willensentscheidung zu treffen, als Gleichberechtigte im Rechtsverkehr aufzutreten, haben aber der Geschäftsunfähige und der Minderjährige nicht von sich aus, sondern nur durch Einschaltung des gesetzlichen Vertreters. Die Geschäftsfähigkeit ist also "notwendige Voraussetzung" für die Ausübung der verkehrsrechtlichen Privatautonomie²⁾.

Wollen Betti und Larenz daher ihre Ansicht aufrecht erhalten, daß auch der Unmündige aus sozialtypischem Verhalten verpflichtet werden kann, so dürfen sie das Verhalten nicht mehr der Privatautonomie zuordnen³⁾.

2. Interessenlage

Eine gerechte Lösung des Problems läßt sich nur durch eine Untersuchung der den Leistungsverhältnissen des Massenverkehrs zugrundeliegenden Interessenlage erreichen. Ist nach dieser dem Willensmoment keine

1) Larenz, Schuldrecht I, § 5 a. Anfang; Fikentscher, Schuldrecht, § 21 II.

2) Schwimann, aaO., S. 137; vgl. auch Siebert-Hefermehl, vor § 104, Rdnr. 21.

3) Diese Konsequenz läßt sich nur dann vermeiden, wenn man unter Privatautonomie nur noch die Freiheit versteht, den Tatbestand zu setzen und nicht mehr Rechtsfolge und Tatbestand (so wohl Betti, aaO. S. 265). Dann muß man aber zu dem Ergebnis kommen, daß beispielsweise auch die Verarbeitung i.S. von § 950 BGB ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, was nicht aufrechterhalten werden kann. (Vgl. hierzu auch Hitzemann, Diss., S. 24).

maßgebliche Bedeutung beizumessen, so kann auch der Nichtvolljährige aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens verpflichtet werden.

Die Leistungsverhältnisse des Massenverkehrs weisen zahlreiche Besonderheiten gegenüber den zivilrechtlichen Vertragstypen auf. Sie sind vornehmlich im Bereich der Daseinsvorsorge zu finden. Insbesondere in letzter Zeit hat die öffentliche Hand, teilweise auch die private Hand zahlreiche Versorgungsbetriebe errichtet, um damit dem stetigen Anwachsen der allgemeinen Versorgungsbedürfnisse gerecht zu werden. Die teils privatrechtlich, teils öffentlich-rechtlich organisierten Betriebe dienen also primär dem Interesse der Allgemeinheit. Dieser Zweckrichtung entspricht die Verpflichtung, die Leistungen grundsätzlich allen Personen zu gewähren. So sind gem. § 18 Abs. 2 GO NRW die Einwohner einer Gemeinde berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde im Rahmen des geltenden Rechts zu benutzen. Die Unternehmen haben keinerlei Einfluß darauf, ob und wer ihre Leistungen in Anspruch nehmen kann. Es besteht für sie ein Kontrahierungszwang¹⁾. Dieser besteht jedoch nicht nur auf Seiten des Trägers der Einrichtung. So können z.B. die Gemeinden gem. § 19 GO NRW bei dringendem öffentlichen Bedürfnis den Anschluß- und Benutzungszwang vorschreiben, wenn von ihnen die Wasserversorgung oder Müllabfuhr oder "ähnliche der Volksgesundheit dienende Einrichtungen" übernommen werden. Selbst wenn bei den von privater Hand betriebenen Unternehmen ein derartiger gesetzlich angeordneter Kontrahierungszwang nicht gegeben ist, besteht er in der Praxis regelmäßig auch hier. So wird dem Bürger häufig keine andere Möglichkeit bleiben, als den Omnibus zu benutzen, wenn er seine Arbeitsstelle erreichen will.

Mag nun auch die Abschlußfreiheit des Bürgers als

1) § 3 EVO.

wesentliches Moment der Privatautonomie in gewissem Umfange noch gewährleistet sein, so läßt sich von einer Gestaltungsfreiheit bei der Inanspruchnahme der Leistungen der Daseinsvorsorge jedenfalls nicht sprechen. Das W i e der Leistung wird durch die Satzungen bzw. allgemeinen Geschäftsbedingungen der Unternehmen bestimmt. Der einzelne Leistungsnehmer hat keinerlei Einfluß auf die Gestaltung der Bedingungen. Es fehlt bei der Inanspruchnahme der Leistungen regelmäßig an jeglichem individuellen Kontakt. Der Vorgang des Vertragsschlusses ist vereinheitlicht. Infolgedessen spricht Simitis¹⁾ auch von einer völligen "Entpersönlichung" und "Verdinglichung" der Leistungsbeziehungen. Dies bedinge "den Ausschluß der Vorherrschaft des Willensmomentes" und damit "der Relevanz derjenigen Umstände, die in der Person des einzelnen begründet sind". Ähnlich meint Haupt²⁾, daß die Konstruktion einer durch Annahme und Angebot zustande gekommenen Einigung "ein blutleeres Gebilde" darstelle. Die Wirklichkeit ordne "die Partner durch den Sachverhalt, ... ihre Tätigkeit einander zu, mögen sie wollen oder nicht." ³⁾

Eine weitere Besonderheit der Unternehmen der Daseinsvorsorge ist, daß bei ihnen nicht die Absicht der Gewinnerzielung im Vordergrund steht. So sollen z.B. gem. den §§ 4 Abs. 2, 6 Abs. 3 Kommunalabgabengesetz die von den Gemeinden für die Benutzung der von ihnen im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltungen erhobenen Vergütungen so bemessen sein, daß sie die Verwaltungs- und Unterhaltungskosten decken, jedoch nicht darüber hinausgehen (Kostendeckungsprinzip). Schneider⁴⁾ weist denn auch zu-

1) Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, S. 471 ff., 523 ff. (529).

2) Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 21 ff.

3) Haupt, aaO., S. 28.

4) Schneider in NJW 1962, S. 705 ff. (708).

treffend darauf hin, daß es sich bei den Versorgungs-
betrieben regelmäßig um Zuschußunternehmen handelt,
bei denen die Benutzungsgebühr aus sozialen Erwägungen
niedrig gehalten wird.

Als wesentliche Kennzeichen der typisierten
Leistungsbeziehungen des Massenverkehrs können also
festgehalten werden: Einschränkung von Abschluß- und
Gestaltungsfreiheit, Erbringung der Leistungen im
Interesse der Allgemeinheit und nicht primär in der
Absicht der Gewinnerzielung, Entstehung der Zahlungs-
pflicht ohne vorherigen individuellen Kontakt allein
aufgrund der Inanspruchnahme der Leistung.

Wenn man mit Haupt und Simitis¹⁾ aufgrund dieser
den Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge eigenen
Besonderheiten den Anknüpfungspunkt der Zahlungs-
pflicht des Benutzers primär in dem Tatbestand der
tatsächlichen Inanspruchnahme sehen muß, so ist auch
eine Verpflichtung des Unmündigen aus dem Rechtsgrund
des sozialtypischen Verhaltens zu bejahen²⁾. Der Un-
fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung
kann dann keine Bedeutung beigemessen werden.

3. Vergleichbare Interessenlagen

Bei der Problemlösung haben wir uns zunächst an
vergleichbaren Interessenlagen zu orientieren; denn
die Wertungen des Gesetzgebers haben auch dann den
Vorrang vor einer Rechtsschöpfung durch den Richter,
wenn sie in verwandten gesetzlichen Bestimmungen ent-
halten und deshalb im Wege der Analogie verwertbar
sind³⁾.

1) Haupt, aaO., S. 30; Simitis, aaO., S. 523 ff.

2) So denn ja auch Haupt, aaO., S. 31; Simitis, aaO.,
S. 529; Esser, AcP Band 157, S. 96 f.

3) Vgl. oben, S. 33 ff. (35) der Arbeit.

a) § 568 BGB

Eine vergleichbare Interessenlage bietet sich im BGB mit § 568 an, und zwar insoweit, als auch hier die Inanspruchnahme einer Leistung - Gebrauch der Mietsache - eine Verpflichtung - Zahlung der Miete - nach sich zieht, unabhängig davon, ob die Parteien sich hierüber geeinigt haben.

Knüpft die Verlängerung des Mietvertrages ausschließlich an die tatsächliche Fortsetzung des Gebrauchs der Mietsache an und wird auf den Willen, als pflichtbegründendes Element verzichtet, so könnte man dies im Wege der Analogie auch auf die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge übertragen. Die Folge wäre, daß auch der Unmündige aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens zahlungspflichtig sein würde. Dem Gesetzeswortlaut nach ist eine Verlängerung des Mietvertrages aufgrund des Fortgebrauchs des Mietgegenstandes auch dann anzunehmen, wenn die Parteien einen entgegenstehenden Willen haben, es sei denn, daß dieser rechtzeitig geäußert worden ist (§ 568 S.1 BGB). Infolgedessen besteht auch in Rechtsprechung¹⁾ und Literatur²⁾ Einigkeit darüber, daß die Verlängerung des Mietvertrages keine Willenserklärungen des Mieters und des Vermieters voraussetzt. Liegen die Voraussetzungen, d.h. der Weitergebrauch der Mietsache und diesbezügliche Kenntnis des Vermieters (§ 568 S.2 BGB) vor, so ist ein stillschweigend abgeschlossener Vertrag zu unterstellen³⁾.

Damit ist aber noch nichts über die Bedeutung des Willensmomentes im Rahmen des § 568 BGB gesagt. Aufschluß kann erst eine Untersuchung der dem § 568 BGB zugrundeliegenden Interessenlage geben.

1) RGWarn 1925 Nr. 23; RGZ 140, 314 ff.(317) = LZ 1933, Sp. 1020 ff. (1022).

2) Staudinger-Kiefersauer, § 568, Rdnr. 1; Siebert-Erdsiek-Mühl, § 568, Rdnr. 1.

3) Motive II, S. 414.

Nach den Motiven¹⁾ hat sich der Gesetzgeber zu der Regelung aus einem praktischen Bedürfnis entschlossen. "Das Interesse beider Teile" erfordere, das Mietverhältnis als verlängert anzusehen; denn häufig "werde der Gebrauch von Seiten des Mieters mit Wissen des Vermieters fortgesetzt, während sonstige Tatsachen, die auf eine stillschweigende Übereinkunft über die Verlängerung schließen" ließen, nicht vorlägen.

Von einem derartigen beiderseitigen Interesse kann aber nur gesprochen werden, wenn beide Parteien die Fähigkeit besitzen, Vor- und Nachteile ihres Handelns zu übersehen. Hat eine Partei nicht die Möglichkeit, ihrem eigenen Interesse gemäß zu handeln, so trifft der Grund für die Normierung des § 568 BGB nicht zu. Demzufolge will und kann der Gesetzgeber eine Verlängerung des Mietvertrages nur solchen Parteien unterstellen, die aufgrund ihrer Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung in der Lage sind, ihr Tun abzuwägen. Dem Willensmoment ist also maßgebliche Bedeutung beizumessen. Dies ergibt sich auch daraus, daß der Mietvertrag bei Erklärung eines entgegenstehenden Willens innerhalb der angegebenen Frist (§ 568 S.1 BGB) nicht verlängert wird. Wer aber nicht rechtswirksam durch eine Erklärung den Vertrag aufheben kann, der kann ihn auch nicht wirksam verlängern²⁾.

Es ist daher festzustellen; Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge, die Verlängerung des Mietvertrags, kann der Weitergebrauch der Mietsache nur insoweit sein, als der Mieter die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen

1) Motive II, S. 414.

2) Vgl. Mittelstein, Die Miete, S.502: "Daraus, daß die Fiktion des Gesetzes durch Erklärung eines gegenseitigen Willens beseitigt werden kann, ergibt sich, daß die Fähigkeit zum Wollen der Fortsetzung des Mietverhältnisses vom Gesetzgeber für die Anwendbarkeit des § 568 BGB vorausgesetzt ist." So auch Staudinger-Kiefersauer, § 568, Rdnr. 15.

Willensbildung besitzt. § 568 BGB gilt daher nicht für den Unmündigen¹⁾.

Über den Analogieschluß zu § 568 BGB läßt sich demzufolge die Verpflichtung des Nichtvolljährigen aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens nicht bejahen.

Im übrigen lassen sich im BGB keine Vertragstypen finden, die den Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge annähernd gleiche Interessenlagen aufweisen. Dies ist erklärlich; denn erst der technische und soziale Fortschritt der letzten Jahrzehnte hat die massenhafte Abwicklung von Leistungsverhältnissen erforderlich gemacht.

b) Eisenbahnverkehrsordnung

Außerhalb des BGB ist jedoch ein Leistungsverhältnis der Daseinsvorsorge gesetzlich geregelt, und zwar die Inanspruchnahme der Eisenbahn in der Eisenbahnverkehrsordnung. Bei der EVO handelt es sich um eine Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft²⁾. Enthält sie eine Aussage oder Anhaltspunkte für die sich aus der Inanspruchnahme der Bahn ergebenden Rechte und Pflichten des Unmündigen, so könnte daraus eventuell im Wege der Analogie auch für die übrigen Leistungsbeziehungen der Daseinsvorsorge eine Lösung gewonnen werden. Die EVO enthält jedoch keine Vorschrift, die die Rechtsbeziehung zum Minderjährigen regelt.

Aufschlußreich für die Problemlösung könnte aber die Untersuchung sein, ob nach der EVO die Zahlungspflicht primär an die willentliche Inanspruchnahme der Bahn oder an den durch die Benutzung geschaffenen Zustand anknüpft; denn nur dann, wenn auf den Willen

1) So die weitaus h.M.: Mittelstein, aaO., Staudinger-Kiefersauer, aaO.; Siebert-Erdsiek-Mühl, § 568 Rdnr.1; Enneccerus-Lehmann, § 132 IV 3; a.A. Klein, Rechtshandlungen, S. 47.

2) BGHZ 6/310.

abgestellt wird, spielt die Unterscheidung Volljähriger und Minderjähriger eine Rolle.

Grundsätzlich geht der Inanspruchnahme der Bahn der Abschluß eines Beförderungsvertrages voraus¹⁾. Der Vertragsschluß vollzieht sich beim Lösen der Fahrkarte. Der Reisende nennt dem Schalterbeamten Fahrtziel, Zugart und Fahrklasse und hat den dementsprechenden Fahrpreis zu zahlen. Nicht selten besteigt ein Fahrgast den Zug jedoch auch ohne Fahrkarte. Für diesen Fall bestimmt § 15 Abs.2 S. 3 EVO (= § 15 Abs.3 S.2 EVO a.F.): "Im übrigen hat ein Reisender, der keinen gültigen Fahrausweis vorweisen kann, unbeschadet der strafrechtlichen Folgen für die von ihm zurückgelegte Strecke das Doppelte des Fahrpreises, mindestens jedoch 20 DM zu zahlen." Die Zahlungspflicht bezieht sich dem eindeutigen Wortlaut nach auf alle Personen, unabhängig davon, ob sie die Benutzung des Zuges in der gegebenen tatsächlichen Form gewollt haben. So muß auch derjenige, der versehentlich den Zug bestiegen hat, zahlen, obgleich es an einem auf die Benutzung des tatsächlich in Anspruch genommenen Zuges gerichteten Erklärungsbewußtsein und erst recht an einem entsprechenden Geschäftswillen fehlt. Hieraus folgert Hitzemann²⁾, § 15 Abs. 2 S. 3 EVO enthalte die Wertung, daß im Rahmen von Massenverträgen, wie in der Eisenbahnbeförderung, die Zahlungspflicht nicht an den Willen, sondern ausschließlich an "das reale Moment der tatsächlichen Inanspruchnahme" der Leistung anknüpft.

Ist diese These richtig, so könnte man daran denken, auch für Verhältnisse, die der Eisenbahnbeförde-

-
- 1) Weihrauch-Heinze, Eisenbahnverkehrsordnung, § 3, Anm.2; Vorbem.II und III zu § 8; Finger, Eisenbahnverkehrsordnung, § 10, Anm.1; Larenz, Schuldrecht I, § 4 II.
 - 2) Hitzemann, Diss., S. 39/40: "Das subjektive Element des rechtsgeschäftlichen Willens ist völlig eliminiert." Vgl. auch Finger, § 15 EVO, Anm.19, der von einer "Verbindlichkeit kraft Gesetzes" spricht.

rung vergleichbar sind, auf den Willen als pflichtbegründendes Element zu verzichten und auch dem Unmündigen eine Zahlungspflicht aufzuerlegen. Eine solche Lösung entspräche dann dem Willen des Gesetzgebers.

§ 15 Abs.2 S.3 EVO braucht jedoch nicht zwingend auf die Wertung zurückzugehen, daß im Rahmen von Massenverträgen das Willensmoment als pflichtbegründendes Element ausgeschaltet ist.

Die Bahn stellt ihre Einrichtungen der Allgemeinheit zur Verfügung. Sie kann den Personenkreis der Leistungsnehmer nicht im einzelnen kontrollieren. Infolgedessen ist eine mißbräuchliche Benutzung leicht möglich. Beispielsweise kann man durch Lösung einer Bahnsteigkarte unbefugt einen Zug besteigen und ohne Entdeckung das erstrebte Fahrtziel erreichen. Um hier ein Gegengewicht zu schaffen und die Benutzer von einem Mißbrauch abzuschrecken, wurde § 15 Abs.2 S.3 EVO erlassen. Die Vorschrift hat also Präventivcharakter. Sie trifft ihrem Sinn und Zweck nach besonders den blinden Passagier¹⁾, was auch daran erkennbar ist, daß der ohne gültigen Fahrausweis angetroffene Fahrgast für die zurückgelegte Strecke das Doppelte des Fahrpreises zu erstatten hat. Denn dies wäre unverständlich, wenn die Zahlungspflicht nur an die Inanspruchnahme anknüpft. Wenn der Gesetzgeber mit § 15 Abs.2 S. 3 EVO in Kauf nimmt, daß auch diejenigen, die versehentlich den falschen Zug besteigen, zahlen müssen, so rechtfertigt sich dies daraus, daß der Unternehmer nicht nachprüfen kann, weshalb der Fahrgast keine Karte gelöst hat. Dieser kann hingegen aufgrund seiner geistigen Fähigkeit vermeiden, ohne gültigen Fahrausweis angetroffen zu werden, sei es, daß er die Fahrkarte rechtzeitig vor Besteigen des Zuges löst, sei es, daß er sich umgehend beim zuständigen Schaffner meldet.

1) Weirauch-Heinze, Vorbem. III vor § 8 EVO; Finger, Vorbem. 4.c vor § 8 EVO.

Dem § 15 Abs. 2 S. 3 EVO kann also nicht mit Hitzemann¹⁾ der Wille des Gesetzgebers entnommen werden, wegen der Art und Weise der Abwicklung des Leistungsverhältnisses ein anderes Moment als den freien Willensentschluß zur Begründung der Verpflichtung heranzuziehen. Die Vorschrift ist im Interesse der Abschreckung vor unbefugter Benutzung erlassen; sie besagt nicht, daß die Willenseinigung, d.h. der Beförderungsvertrag, nicht mehr als entscheidender Anknüpfungspunkt für die Zahlungspflicht anzusehen ist. Dies wird durch § 15 Abs. 5 EVO²⁾ bestätigt, wonach von der Erhebung des Fahrpreises gem. § 15 Abs. 2 S. 3 EVO ganz oder teilweise abgesehen werden kann, wenn dies aus Billigkeitsgründen angemessen erscheint. Der Sinn dieser Bestimmung kann nur darin liegen, denjenigen nicht in Anspruch zu nehmen, der versehentlich und ungewollt die Bahn benutzt hat. Daraus folgt, daß nicht allein die tatsächliche Benutzung, sondern auch das Willensmoment für die Frage der Zahlungspflicht von Bedeutung sein muß³⁾.

Aus den Normen der Eisenbahnverkehrsordnung läßt sich also nicht entnehmen, daß im Rahmen der Leistungsverhältnisse des Massenverkehrs dem Willensmoment keine Bedeutung beizumessen ist und die Rechtsfolge, die Zahlungspflicht, ausschließlich an einen einmal geschaffenen Zustand anknüpft.

1) Hitzemann, Diss., S. 48.

2) § 15 Abs. 5 EVO bestimmt: "Der Eisenbahn bleibt überlassen, die Fälle durch den Tarif einheitlich zu regeln, wo aus Billigkeit von der Erhebung der in den Absatz 1, 2, 4 bezeichneten Beträge ganz oder teilweise abgesehen wird."

3) Ebensowenig läßt sich die Ansicht Hitzemanns, daß der Anknüpfungspunkt der Verpflichtung allein in der tatsächlichen Inanspruchnahme der Leistung liegt, mit dem Hinweis auf § 19 Abs. 3 S. 3 EVO rechtfertigen (Hitzemann, Diss., S. 39). § 19 Abs. 3 S. 3 EVO geht von dem Fall aus, daß ein Fahrgast sich lediglich in der Zugart (DZug-normaler Zug) geirrt hat, im übrigen aber den Zug benutzen wollte.

4. Abweichung vom Gesetz bei entscheidender Änderung der tatsächlichen Verhältnisse

Eine Verpflichtung des Unmündigen aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens ist nur dann zu bejahen, wenn sich nach Erlaß der §§ 104 ff. BGB "die tatsächlichen Verhältnisse so entscheidend geändert haben", daß eine entsprechende Anwendung auf die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge "mit dem heutigen Rechtsempfinden unvereinbar" ist¹⁾. Allein dann ist eine Abweichung vom gesetzgeberischen Willen und eine eigene richterliche Wertung zulässig.

Eine derartige Änderung der tatsächlichen Verhältnisse hält Merkel²⁾ für gegeben. Er verweist dabei insbesondere auf die Allgemeinen Beförderungsbedingungen der Straßenbahn- und Omnibusgesellschaften einiger Großstädte³⁾, die auch die Beförderung von 4 oder 6jährigen Kindern ohne Begleitung eines Erwachsenen vorsehen. Die Benutzung der Verkehrsmittel durch Kinder sei also üblich und selbstverständlich geworden. Infolgedessen müßten sie auch aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens verpflichtet werden können⁴⁾.

Beförderungsbedingungen können jedoch die zwingenden Vorschriften der §§ 104 ff. BGB nicht entkräften, wie auch Merkel selbst einräumt⁵⁾. Entscheidend bleibt allein, ob die den Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge eigenen Besonderheiten eine Abweichung vom gesetzgeberischen Willen rechtfertigen.

Die Leistungsbeziehungen des Massenverkehrs haben erst nach Schaffung des BGB eine besondere Bedeutung erhalten. Ihre charakteristischen Merkmale - Einschränkung der Abschluß- und Gestaltungsfreiheit - sind jedoch nicht derart gravierend, daß von den gesetzgeberischen Wertungen abgewichen werden könnte.

1) Reinicke in NJW 1952, S. 1033 ff. (1036); vgl. auch BGHZ 3, 315; 17, 275.

2) Merkel, Diss., S. 94 f.

3) Merkel, Diss., S. 91 f.

4) Merkel, Diss., S. 93, 95.

5) Merkel, Diss., S. 93.

Einen Kontrahierungszwang hat der Gesetzgeber selbst in zahlreichen Bestimmungen (§§ 453 HGB, 3 PostG, 22 Personenbeförderungsgesetz) angeordnet. Gemäß den §§ 1, 22 Personenbeförderungsgesetz sind Straßenbahnen-, Omnibusunternehmen und Kraftdroschken zur Personenbeförderung verpflichtet. Aber nicht nur die Abschlußfreiheit, auch die Gestaltungsfreiheit ist bei diesen Verkehrsmitteln eingeschränkt. So werden bei der Beförderung mit Kraftdroschken Beförderungsbedingungen und Entgelte gem. § 51 Personenbeförderungsgesetz durch Rechtsverordnung festgelegt. Trotzdem hat bei der Inanspruchnahme von Taxen die Zahlungspflicht ihre Grundlage in einem Vertragsschluß.

Die Einschränkung der Gestaltungsfreiheit ist auch bei vielen anderen Wirtschaftszweigen üblich. Bei Verträgen mit Banken, Versicherungen, Möbelkaufhäusern usw. bestimmt sich der Vertragsinhalt im wesentlichen nach den von diesen einseitig festgelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dennoch kommen Verträge zustande, wird dem Willensmoment also maßgebliche Bedeutung beigemessen. Der Minderjährige kann ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters keinen wirksamen Vertrag mit Banken, Versicherungen usw. schließen.

Immerhin läßt sich bei den Leistungsbeziehungen zwischen Banken, Versicherungen, Taxifahrern und den Kunden, im Gegensatz zu den Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge, noch ein individueller Kontakt bejahen. Jedoch wird auch dieser bei den zivilrechtlichen Vertragstypen nicht immer vorausgesetzt. So liegt z.B. beim Automatenkauf ein Angebot ad incertas personas vor. Mit wem der Kaufvertrag zustande kommt, ist dem Verkäufer gleichgültig. Trotzdem wird man die Wirksamkeit des Kaufvertrages verneinen müssen, wenn ein Unmündiger ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters den Automaten betätigt. Regelmäßig greift allerdings § 110 BGB ein.

Schließlich ist auch die Begründung einer Zah-

lungspflicht durch tatsächliche Inanspruchnahme einer Leistung keine den Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge eigene Besonderheit. Dies zeigt folgender Fall: Buchhändler A sendet B unaufgefordert ein Buch zur Ansicht zu. B nimmt es in Gebrauch. Damit ist gem. § 433 BGB ein Vertrag zustande gekommen, ohne daß der B einen entsprechenden Willen geäußert zu haben braucht¹⁾. Der Wille wird fingiert²⁾. Das heißt aber nicht, daß auch ein Unmündiger auf diese Art verpflichtet werden kann.

Die den Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge zugrundeliegende Interessenlage weist nach alledem nicht in dem Umfange Besonderheiten auf, daß es mit unserem Rechtsempfinden unvereinbar wäre³⁾, an den Wertungen der §§ 104 ff. BGB festzuhalten.

5. Sozialtypizität

Dieses Ergebnis läßt sich auch noch durch eine Analyse des Wesens der Sozialtypizität belegen.

Die sozialen Normen sind, um mit René König zu sprechen⁴⁾, "Erwartungen", welche die Mitglieder der Gesellschaft unter bestimmten Umständen, "Situationen", voneinander hegen. Demzufolge ist es dann auch richtig, dem öffentlichen Angebot einer Leistung und ihrer tatsächlichen Inanspruchnahme die gleichen Rechtsfol-

1) Vgl. Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 33 III 3 b; Staudinger-Coing, § 146, Rdnr. 8.

2) Vgl. Staudinger-Coing, Vorbem. 6 a vor § 116; BGHZ 11, S. 1 ff. (5).

3) Vgl. Flume, Rechtsgeschäft, § 8, 2; derselbe in Festschrift Dt. Juristentag I, S. 183-187. Angesichts der zahlreichen kritischen Stellungnahmen kann man auch nicht mit dem LG Bremen (NJW 1966, S. 2360 f.) von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Lehre vom sozialtypischen Verhalten sprechen. Vgl. Medicus, NJW 1967, S. 354.

4) René König, In Studien und Materialien zur Rechtssoziologie Sonderheft 11, 1967 "Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme", S. 36 ff.

gen wie einem rechtsgeschäftlichen Handeln beizumessen. Denn dieses Verhalten kann nach den Erwartungen und Vorstellungen der Gesellschaft oder der unmittelbar Beteiligten nur als Wille zur entgeltlichen Inanspruchnahme, d.h. zum Vertragsschluß gedeutet werden¹⁾. Allerdings kann die Gesellschaft diese Erwartung lediglich an das Verhalten Volljähriger knüpfen. Denn wie der Gesetzgeber mit den §§ 104 ff. BGB zum Ausdruck gebracht hat, wird der Unmündige insoweit nicht als gesellschaftlich fähig angesehen, als sein Handeln Verpflichtungen nach sich zieht und die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung voraussetzt. Die Annahme einer Verpflichtung des Minderjährigen aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens widerspricht also gerade der Sozialtypizität und der sozialen Aufgabe des Privatrechts, Bedingungen und Regeln zu treffen, "die einen gesunden Ausgleich der gesellschaftlichen Kräfte ermöglichen und dem Schutzbedürfnis des sozial Schwächeren" also des Nichtgeschäftsfähigen "Rechnung tragen"²⁾.

6. Ergebnis zu I

Im Rahmen der typisierten Leistungsbeziehungen des Massenverkehrs ist also dem Willensmoment maßgebliche Bedeutung beizumessen. Der Unmündige kann nicht aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens verpflichtet werden, weil ihm die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung fehlt.

Dieses Ergebnis ist sachgerecht. Soweit ein Minderjähriger die Leistungen der Daseinsvorsorge in Anspruch nimmt, hat der Unternehmer regelmäßig gem. den §§ 110, 112 BGB oder nach der Lehre vom General-

1) Insoweit läßt sich mit Merkel, Diss., S.68 sagen, daß die "konstituierende Kraft" der Lehre vom sozialtypischen Verhalten "im Vertrauensschutz begründet ist".

2) Vgl. Larenz, Schuldrecht I, S. 1 ff.

konsens¹⁾ Anspruch auf Zahlung. Lediglich bei der Inanspruchnahme der Leistung durch Geschäftsunfähige geht der Unternehmer leer aus.

Würde man hingegen generell eine Verpflichtung des Unmündigen aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens bejahen, so hätte dies zur Folge, daß ein jugendlicher Ausreisser, der mit dem Zug von Hamburg nach München fährt, gem. § 15 Abs.2 S.3 EVO das Doppelte des Fahrpreises zahlen müßte. Hierzu ist er selbst regelmäßig nicht in der Lage. Auch für die Eltern stellt die Entrichtung des Fahrpreises in vielen Fällen eine erhebliche wirtschaftliche Belastung dar²⁾. Eine Verpflichtung des Unmündigen allein aufgrund der tatsächlichen Inanspruchnahme einer Leistung würde weiterhin bedeuten, daß der ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters Handelnde zwar am Schalter keine Fahrkarte lösen, d.h. einen Beförderungsvertrag abschließen könnte, mit Besteigen und Benutzung des Zuges der Beförderungsvertrag aber dennoch zustande käme. Der Schutzzweck der §§ 104 ff. BGB wäre damit umgangen.

II. Wechselbezüglichkeit von Rechten und Pflichten

Larenz³⁾ will nun allerdings die Lehre vom sozialtypischen Verhalten auf den Unmündigen ausdehnen, um diesem einen Anspruch auf sorgfältige Abwicklung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge und sekundäre Schadensersatzansprüche, insbesondere bei Gehilfenverschulden (§ 278 BGB), zu gewähren. Eine entsprechende Anwendung der §§ 104 ff. BGB auf die typisierten Leistungsbeziehungen des Massenverkehrs führt also seines Erachtens notwendig zu einer Beschränkung auf die deliktsrechtlichen Ansprüche (§§ 823, 831 I 2 BGB).

1) Vgl. dazu Merkel, Diss., S. 86 ff.

2) Vgl. Mezger in NJW 1967, S. 1740 f.

3) Larenz, Allg. Teil, § 34 II, S. 519; Schuldrecht I, § 4 II, S. 35, Fußnote 2.

Larenz ist zuzustimmen, wenn mit dem Fortfall der Zahlungspflicht des Unmündigen auch der Fortfall sämtlicher Rechte verbunden ist. Es stellt sich also die Frage, inwieweit Rechte und Pflichten in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen.

1. Zahlungspflicht für Inanspruchnahme der Leistung

Die Zahlungspflicht ist die Gegenleistung für die Benutzung der Einrichtung. Demzufolge entfällt mit der Verpflichtung des Minderjährigen und Geschäftsunfähigen zur Zahlung auch das Recht auf die Benutzung.

2. Übertragung des Rechtsgedankens der culpa in contrahendo auf die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge

Der Fortfall der Leistungspflicht des Unternehmers besagt jedoch noch nicht, daß dieser für Schädigungen des unmündigen Benutzers bei der Anbahnung und Abwicklung des Leistungsverhältnisses nur nach den Normen des Deliktsrechts haftet.

Der Minderjährige kann unabhängig davon, ob es zum Vertragsschluß mit ihm kommen konnte, gegen den Geschäftspartner Ersatzansprüche aus culpa in contrahendo herleiten¹⁾. Entsteht auch bei der Anbahnung eines Leistungsverhältnisses der Daseinsvorsorge ein besonderes, dem Institut der culpa in contrahendo vergleichbares Vertrauensverhältnis, so müßte man auch hier eine verschärfte Haftung des Unternehmers gegenüber dem Minderjährigen bejahen. Der Unternehmer hätte, entgegen Larenz, trotz Anwendbarkeit der §§ 104 ff. BGB auf die Leistungsbeziehungen für ein Verschulden des Gehilfen gem. den §§ 278, 242 BGB einzustehen.

Das Institut der culpa in contrahendo beruht auf der Überlegung, daß der Geschäftsherr durch die Aufforderung, sich in seinen Einflußbereich zu begeben,

1) Vgl. oben, S. 70 der Arbeit.

und die von ihm angebotenen Leistungen in Anspruch zu nehmen, einen besonderen Vertrauenstatbestand setzt. Er verpflichtet sich, alles Erforderliche zu tun, um Schädigungen im Vorfeld des Vertragsschlusses zu verhindern, und zwar unabhängig davon, ob der Vertragsschluß zustandekommt oder nicht. Demzufolge ist er gegenüber demjenigen, der das ihm gewährte besondere Vertrauen in Anspruch nimmt, nicht nur nach deliktsrechtlichen Vorschriften, sondern aus einem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis ersatzpflichtig. Der Kunde darf darauf vertrauen, daß der Geschäftsherr über seine allgemeine Verkehrssicherungspflicht hinaus besondere Vorkehrungen trifft, um eine reibungslose Abwicklung der Leistungsbeziehungen zu gewährleisten.

Ebenso wie der einzelne Geschäftsmann bekundet auch der Träger einer Einrichtung der Daseinsvorsorge sein besonderes wirtschaftliches Interesse an einer Inanspruchnahme seiner Leistungen. Auch er fordert zur Benutzung auf und wirbt um Vertrauen in die ordnungsgemäße Anbahnung und Abwicklung des Leistungsverhältnisses. Nimmt daher der Benutzer dieses Vertrauen in Anspruch, so entsteht ein, der culpa in contrahendo vergleichbares Vertrauensverhältnis,¹⁾ aus dem dem Unternehmer besondere, über die allgemeine Verkehrssicherungspflicht hinausgehende Schutzpflichten erwachsen.

Infolgedessen kann der Minderjährige auch, ohne aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens verpflichtet zu sein, gegen den Träger einer Einrichtung der Daseinsvorsorge sekundäre Schadensersatzansprüche

1) Vgl. auch Hitzemann, Diss., S. 38, der das Verpflichtungsverhältnis des sozialtypischen Verhaltens als eine "durch Gewährung und Beanspruchung der Leistungen geschaffene Vertrauensbeziehung" bezeichnet.

aus culpa in contrahendo oder einem vergleichbaren Vertrauensverhältnis herleiten¹⁾.

Dies gilt jedoch nicht für den Geschäftsunfähigen. Er hat keine Ersatzansprüche aus culpa in contrahendo²⁾; ihm gegenüber setzt der Geschäftspartner nicht den die vertragsähnliche Haftung rechtfertigenden besonderen Vertrauenstatbestand. Dies ist daraus zu erklären, daß der Geschäftsunfähige nicht in der Lage ist, die ihm angebotenen Leistungen rechtswirksam in Anspruch zu nehmen, so daß an einer Aufnahme geschäftlichen Kontakts mit ihm kein Interesse besteht. Was für das Vertrauensverhältnis der culpa in contrahendo gilt, muß auch für das auf demselben Rechtsgedanken beruhende Vertrauensverhältnis gelten, das bei der Anbahnung und Abwicklung eines Leistungsverhältnisses der Daseinsvorsorge entsteht.

Die Nichtanwendung der Lehre vom sozialtypischen Verhalten auf den Geschäftsunfähigen führt also dazu, daß der Unternehmer diesem gegenüber nur nach dem Deliktsrecht (§§ 823, ff., 931 I 2 BGB) haftet; insoweit ist Larenz zuzustimmen.

Diese Schlechterstellung des Geschäftsunfähigen gegenüber dem beschränkt Geschäftsfähigen mag auf den

-
- 1) Soweit die Schutzpflichten erst bei der Abwicklung des vermeintlich wirksamen Leistungsverhältnisses verletzt worden sind, kann man die Ersatzansprüche nicht unmittelbar aus dem Institut der culpa in contrahendo herleiten. Denn dieses nimmt auf ein Verschulden vor Vertragsschluß Bezug. Der die Haftung aus culpa in contrahendo rechtfertigende besondere Vertrauenstatbestand besteht aber nicht nur vor, sondern erst recht nach Vertragsschluß. (Vgl. Siebert-Knopp (10. Aufl.) § 242, Rdnr. 102; BGH in BB 1953, S. 956). Als Grundlage der nach nichtigem Vertragsschluß bestehenden Schutzpflichten und der aus ihrer Verletzung folgenden Schadensersatzansprüche kann man mit Canaris (JZ 1965, S. 476 ff. (479)) ein allgemeines Schuldverhältnis ansehen, das "seine Rechtfertigung im Vertrauensgedanken und seine positivrechtliche Grundlage in § 242 BGB findet".
- 2) Vgl. oben, S. 73 (75) der Arbeit.

ersten Blick nicht ganz verständlich erscheinen. Einmal sieht sie aber der Gesetzgeber selbst vor. Denn Rechtsgeschäfte Geschäftsunfähiger sind gem. § 105 BGB nichtig, obgleich es für den Geschäftsunfähigen keine Nachteile mit sich bringen würde, wenn sie, wie beim Minderjährigen, schwebend unwirksam und durch Einwilligung bzw. Genehmigung des gesetzlichen Vertreters wirksam werden könnten. Zum anderen wird die Schlechterstellung gegenüber dem Minderjährigen nur in wenigen Fällen aktuell; denn in der Regel nehmen Kinder die Einrichtungen der Daseinsvorsorge nur in Begleitung Erwachsener in Anspruch. Dann aber ist der Geschäftsunfähige über die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hinreichend geschützt¹⁾.

3. Ergebnis zu II

Der Minderjährige kann also gegen den Träger einer Einrichtung der Daseinsvorsorge Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo oder einem vergleichbaren Vertrauensverhältnis geltend machen, wenn er bei der Anbahnung oder der Abwicklung des vermeintlich wirksamen Leistungsverhältnisses durch Verschulden des Unternehmers oder dessen Gehilfen geschädigt wird. Die Anwendbarkeit der §§ 104 ff. BGB auf die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge steht dem nicht entgegen.

Der Unternehmer haftet jedoch nur nach den Normen des Deliktsrechts, wenn ein Geschäftsunfähiger einen Schaden erleidet.

1) Vgl. Finger, § 11 EVO, Anm. 13;
vgl. oben, S. 71 - 73 der Arbeit.

III. Rechtsstellung des Unmündigen bei der Inanspruchnahme von Einrichtungen mit öffentlich-rechtlichem Benutzungsverhältnis

Es bleibt zu prüfen, ob die gewonnenen Ergebnisse auch dann zutreffen, wenn das Benutzungsverhältnis der uns hier interessierenden Einrichtungen nicht privatrechtlich, sondern öffentlich-rechtlich gestaltet ist.

Die §§ 104 ff. BGB sind sinngemäß auch im Verwaltungsrecht anwendbar¹⁾. Für die Frage, ob ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis mit Unmündigen zustande kommen kann, ist daher entscheidend, inwieweit die Fähigkeit des Benutzers zur eigenverantwortlichen Willensbildung Voraussetzung für die wirksame Begründung des Benutzungsverhältnisses ist.

1. Die Zulassung zur Benutzung als Verwaltungsakt

Für die Nichtberücksichtigung des Willensmomentes könnte die Tatsache sprechen, daß bei öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen die Zulassung zur Benutzung durch einen Verwaltungsakt erfolgt²⁾. Der Anstaltsträger wird hoheitlich tätig. Er tritt dem Benutzer nicht als Gleichgeordneter, sondern als Übergeordneter gegenüber. Hieraus könnte man schließen, daß die Frage der Geschäftsfähigkeit keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des Benutzungsverhältnisses hat. Zu diesem Ergebnis kommt Schneider³⁾. Nach ihm wird durch die Zulassung, d.h. durch den Erlaß des Verwaltungsakts, für den Unmündigen ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten begründet. Er räumt zwar ein, daß die §§ 104 ff. BGB auch im öffentlichen Recht Anwendung finden können. Jedoch gebe es keine starren

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, § 10, Anm. 2;

Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 33 VII.

2) Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht II, § 99 III a; Vb.

3) Schneider in NJW 1962, S. 705 ff. (708).

Regeln hierfür. Vielmehr richte sich die Anwendung nach dem Sinn und Zweck einer Einrichtung. Dieser erfordere aber, daß das Benutzungsverhältnis auch mit dem Unmündigen wirksam zustande komme. Denn auch der Jugendliche habe ein Interesse an der Benutzung der Einrichtungen (Verkehrsbetriebe, Badeanstalten). Des weiteren erfordere die Tatsache, daß es sich bei den Einrichtungen, wie beispielsweise den Badeanstalten, um reine Zuschußbetriebe handle, daß der Leistungsnahmer nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten habe. Man könne daher das Benutzungsverhältnis nicht in die lediglich rechtlich vorteilhafte Zulassung und die sich daraus ergebenden Nachteile zerlegen. Vor- und Nachteile seien untrennbar miteinander verbunden.

Schneider ist insoweit zuzustimmen, als man dann, wenn man die Zulassung des Unmündigen bejaht, diesem auch die daraus erwachsenden Pflichten auferlegen muß. Es wurde jedoch bereits oben dargelegt¹⁾, daß sich diese Pflichten nicht schon deshalb bejahen lassen, weil es sich bei den Anstalten regelmäßig um Betriebe handelt, die nicht in der Absicht der Gewinnerzielung errichtet worden sind. Allein ausschlaggebend ist, ob und gegebenenfalls inwieweit eine wirksame Zulassung die Fähigkeit des Leistungsnahmers zur eigenverantwortlichen Willensbildung voraussetzt.

Die Begründung des öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses bei Badeanstalten, Verkehrsbetrieben und ähnlichen Einrichtungen geht von der Initiative des Leistungsnahmers aus. Er stellt den Antrag auf Erlaß eines Verwaltungsaktes, d.h. die Zulassung, aus der sich für ihn Rechte und Pflichten ergeben. Der für den Erlaß eines Verwaltungsaktes erforderliche Mitwirkungsakt des Betroffenen wird von Wolff²⁾ als "verwaltungsrechtliche Willenserklärung" bezeichnet, auf

1) Vgl. oben, S. 76 ff. (87-91) der Arbeit.

2) Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 48 II 2.

die die Vorschriften des BGB über Willenserklärungen entsprechend anzuwenden sind¹⁾. Es mag nun dahingestellt bleiben, ob man den Mitwirkungsakt mit Rücksicht auf die den Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge eigenen Besonderheiten auch hier als verwaltungsrechtliche Willenserklärung ansprechen kann. Jedenfalls ist für die Begründung des Benutzungsverhältnisses eine auf einen bestimmten Rechtserfolg gerichtete Willensäußerung des Betroffenen erforderlich, deren Wirksamkeit die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung voraussetzt.

Infolgedessen kann auch durch die Zulassung des Geschäftsunfähigen oder des ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters handelnden Minderjährigen kein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten begründet werden²⁾.

2. Rechtsgedanke der culpa in contrahendo

Damit stellt sich als nächstes die Frage, ob auch bei öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen ein dem Institut der culpa in contrahendo vergleichbares Vertrauensverhältnis entsteht, aus dem der Minderjährige³⁾, unabhängig vom Zustandekommen dieses Verhältnisses, Ersatzansprüche herleiten kann, wenn der Anstaltsträger die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt.

Auch Betriebe mit öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen stellen ihre Einrichtungen einem unbestimmten Personenkreis gegen Entrichtung eines Entgelts zur Verfügung. Sie bekunden, wie privatrechtlich gestaltete Unternehmen, ihr Interesse an einer

1) Vgl. dazu auch BVerwGE 13, 254 ff. (257); OVG Lüneburg, OVG 16, 355 ff. (359).

2) Anders ist die Rechtslage, wenn kraft Gesetzes eine Pflicht zur Benutzung der Anstalt besteht, wie etwa die Schulpflicht.

3) Nicht der Geschäftsunfähige, vgl. oben, S. 94, Anm. 2.

Benutzung und fordern zum Eintritt in ihren Organisationsbereich auf. Damit geben sie zu verstehen, daß eine ordnungsgemäße und gefahrlose Abwicklung des Leistungsverhältnisses gewährleistet wird. Auch sie setzen also einen besonderen, dem Institut der culpa in contrahendo vergleichbaren Vertrauenstatbestand. Bei der entgeltlichen Inanspruchnahme vermögenswerter Leistungen öffentlich-rechtlich gestalteter Betriebe entstehen "verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse"¹⁾. Auf diese sind die bürgerlichrechtlichen Vorschriften und die von der Lehre entwickelten Rechtsinstitute als allgemeine Rechtsgedanken anzuwenden²⁾, es sei denn, daß besondere gesetzliche Regelungen vorliegen. Demzufolge ist der Rechtsgedanke der culpa in contrahendo auch auf öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnisse zu übertragen³⁾. Neben der deliktischen Haftung (Amtshaftung) steht also eine "quasi vertragliche"⁴⁾, das heißt der culpa in contrahendo ähnliche Vertrauenshaftung, aus der auch der Minderjährige Ersatzansprüche gemäß §§ 278, 242 BGB gegen den Unternehmer herleiten kann⁵⁾.

IV. Zusammenfassung zu § 14

Der Minderjährige und der Geschäftsunfähige können nicht aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens verpflichtet werden, wenn sie ohne Ein-

1) Vgl. Schneider in NJW 1962, S. 707; Gönnerwein, Gemeinderecht, § 88 I, S. 512.

2) Vgl. Gönnerwein, aaO.; Hans J. Wolff I, § 44 II a; RGZ 124, 193 ff.

3) Vgl. Erman, § 276, Anm. 8 f; Staudinger-Weber, § 242, A 801.

4) Vgl. Schneider, NJW 1962, S. 707.

5) Für die sinngemäße Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften, insbesondere der §§ 276, 278 BGB auf öffentlich-rechtlich organisierte Anstaltsbetriebe spricht sich auch das Reichsgericht aus: Vgl. RGZ 65, 113 (117); 78, 325 (328); 99, 90 (99); 112, 290 (293); 131, 67 (73 und 278; 152, 129 (132)).

willigung des gesetzlichen Vertreters Leistungen der Einrichtungen des Massenverkehrs in Anspruch genommen haben.

Der Unternehmer haftet dem Minderjährigen, nicht aber dem Geschäftsunfähigen aus culpa in contrahendo bzw. einem vergleichbaren Vertrauensverhältnis.

Diese Ergebnisse gelten sowohl für Einrichtungen mit privatrechtlichem als auch mit öffentlich-rechtlichem Benutzungsverhältnis.

§ 15. Geschäftsführung ohne Auftrag

I. Pflichten aus Geschäftsführung ohne Auftrag

Gemäß § 682 BGB ist der unmündige Geschäftsführer "nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich".

Der Minderjährige haftet dem Geschäftsherrn also nur gem. §§ 823 ff. BGB für Rechtsgutverletzungen, die ihm im Rahmen der Geschäftsführung unterlaufen. Verletzt er sonstige, ihm aus der Geschäftsführung erwachsende Pflichten (§§ 677, 681, 666-668 BGB), so entfällt eine Haftung. Der Geschäftsunfähige ist, da deliktsunfähig (§ 828 Abs. 1 BGB), nicht verantwortlich. Soweit von dem Unmündigen durch die Geschäftsführung Vermögensvorteile erlangt werden, greifen die §§ 812 ff. BGB ein.

Aus § 682 BGB ergibt, daß der Gesetzgeber den Rechtsgedanken der §§ 104 ff. BGB im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag zumindest insoweit angewandt wissen will, als dem Unmündigen aus einer Verletzung der aus der Geschäftsführung ohne Auftrag erwachsenden Pflichten Rechtsnachteile entstehen könnten.

II. Rechte aus Geschäftsführung ohne Auftrag

Für uns stellt sich die Frage, ob mit der Begrenzung der Haftungspflichten des Unmündigen auch

die einem Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsherrn zustehenden Ansprüche entfallen, ob also Haftungs- pflicht und Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auf- trag in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen. Anders formuliert: Können auch der Minderjährige und der Ge- schäftsunfähige rechtswirksam als Geschäftsführer i.S. der §§ 677 ff. BGB handeln und daraus Ansprüche, ins- besondere auf Ersatz der Aufwendungen (§§ 683, 670 BGB) herleiten?

Die Frage kann nur durch eine Untersuchung der Wertungen beantwortet werden, die den §§ 677 ff. BGB zugrunde liegen.

1. Gesetzeswortlaut

Anhaltspunkt für eine einseitige Berechtigung des Unmündigen könnten sich aus dem Wortlaut des § 682 BGB ergeben. Danach werden sowohl der Geschäftsunfähige als auch der Minderjährige als Geschäftsführer bezeich- net. Diese Tatsache wird denn auch als ein wesentli- ches Argument von den Befürwortern einer rechtswirk- samen Geschäftsführung ohne Auftrag durch Unmündige angeführt¹⁾. Man könnte sagen; der Gesetzgeber hätte die Formulierung "die Geschäftsführung ohne Auftrag eines Geschäftsunfähigen ist nichtig; der Minderjähri- ge bedarf der Einwilligung des gesetzlichen Vertre- ters" gewählt, wenn er von der rechtlichen Unwirksam- keit der Geschäftsführung eines Unmündigen ausgegangen wäre. Ebenso gut ließe sich der Wortlaut des § 682 BGB aber auch so deuten, daß der Gesetzgeber mit dem Hin- weis auf die beschränkte Haftung des Unmündigen nur hervorheben wollte, daß auch auf die Rechtshandlung²⁾ "Geschäftsführung ohne Auftrag" die §§ 104 ff. BGB mit

1) Vgl. Manigk, Rechtswirksame Verhalten, S.495/96; Staudinger-Coing, § 107, Rdnr.9; Schulien, NJW 1963, S.1878 ff.; RGRK, Krüger-Nieland, § 104, Anm.4; § 107, Anm.8; Larenz, Schuldrecht II, § 53 I a a.E.; Dorn, NJW 1964, S. 799 ff.(802).

2) Vgl. Motive II, S. 860.

der Folge der Rechtsunwirksamkeit anwendbar sind. Die Bezeichnung des Unmündigen als Geschäftsführer wäre dann als lediglich sprachliche Abkürzung anzusehen¹⁾. Ihr käme nur technische Bedeutung zu. Zur Begründung dieser Auffassung könnte man darauf verweisen, daß § 682 BGB auf § 812 BGB Bezug nimmt. Denn das Tatbestandsmerkmal des § 812 BGB - ohne Rechtsgrund - wäre bei rechtswirksamer Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gegeben. Man müßte bei dieser Argumentation allerdings davon ausgehen, daß es sich bei der Verweisung auf § 812 BGB um eine Tatbestandsverweisung²⁾ und nicht um eine Rechtsfolgenverweisung³⁾ handelt.

Der Wortlaut des § 682 BGB ist also objektiv mehrdeutig. Es läßt sich aus ihm nicht mit Sicherheit herleiten, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag durch den Unmündigen rechtswirksam ist, der Anspruch auf Aufwendungsersatz (§§ 683, 670 BGB) also zur Entstehung gelangt.

2. Motive

Eine Klärung der Frage könnte sich aber aus den Motiven ergeben. Dort⁴⁾ heißt es: "Die Vorschrift des § 752 (= § 682 BGB) beruht auf der Auffassung, daß die negotiorum gestio, mag ihr auch die Eigenschaft eines Rechtsgeschäfts im engeren Sinne abzusprechen sein, doch zu den sogenannten Rechtshandlungen im weiteren Sinne ... gehört. Auf diese finden nach dem Standpunkt des Entwurfs prinzipiell, a n l a n g e n d i h r e v e r b i n d l i c h e K r a f t f ü r d e n H a n d e l n d e n , in Rücksicht auf Handlungsfähigkeit die für Rechtsgeschäfte im engeren Sinne maßgebenden Regeln Anwendung. Diese Anwendbarkeit ergibt

1) Vgl. Diederichsen in MDR 1964, S. 890.

2) So Palandt-Gramm, § 682, Anm.1; Staudinger-Nipperdey, § 682, Rdnr. 1, 4, 10.

3) So RGZ 81, 204 ff. (205 f.); Schulien, NJW 1963, S. 1879.

4) Motive II, S. 860.

sich im Allgemeinen mit Notwendigkeit aus den Gründen, auf welchen jene Regeln beruhen ... Zum Schutz des Geschäftsherrn dient und ist genügend die vorsorgliche besondere Bestimmung, daß die in concreto begründete Haftung aus unerlaubter Haftung unberührt bleibt."

Die Formulierung "anlangend ihre verbindliche Kraft für den Handelnden" und "zum Schutz des Geschäftsherrn ist genügend, daß die Haftung aus unerlaubter Handlung unberührt bleibt" spricht dafür, daß der Gesetzgeber mit § 682 BGB allein die Haftungs- pflicht des Minderjährigen und Geschäftsunfähigen auf das übliche Maß (§§ 823, 828 BGB) beschränken wollte. Die Schutzbedürftigkeit des Geschäftsherrn hätte nicht betont und die Überlegung, die Haftung des Minderjährigen aus § 823 BGB sei genügend, hätte nicht angestellt zu werden brauchen, wenn mit den Pflichten auch die Rechte des Unmündigen entfallen sollten, seine Geschäftsführung also als unwirksam angesehen worden wäre. Hätte man die §§ 104 ff. BGB allumfassend auf das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag anwenden wollen, so wäre die Beschränkung des Geschäftsherrn auf die Ansprüche aus den §§ 823, 812 BGB selbstverständlich gewesen.

Letzte Zweifel hinsichtlich einer Bejahung der Geschäftsführungsfähigkeit und einseitigen Berechtigung des Unmündigen können aber auch die Motive nicht ausräumen. Es läßt sich aus ihnen nicht zwingend entnehmen, ob der Gesetzgeber das Problem einer möglichen Wechselbezüglichkeit von Berechtigung und Ver-

pflichtung wirklich gesehen hat.¹⁾

3. Interessenlage

Nach den oben²⁾ aufgezeigten Grundsätzen der Interessenjurisprudenz ist bei der Ermittlung der Wertungen, die einer Norm zugrunde liegen, neben dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte auf die Interessen zurückzugreifen, die für die Vorstellungen des Gesetzgebers kausal waren.

Eine Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 677 BGB liegt vor, wenn jemand "ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein". Der Begriff des Geschäftes ist im weitesten Sinne zu verstehen. Er umfaßt die Vornahme von Rechtsgeschäften, rechtsge-
schäftsähnlichen und rein tatsächlichen Handlungen³⁾. So wird nach einhelliger Meinung auch die Rettung eines Ertrinkenden und die Behandlung eines Verunglückten durch den Arzt als Geschäftsführung ohne Auftrag angesehen⁴⁾. Die Geschäftsführung ohne Auftrag fordert die Vornahme des Geschäfts f ü r einen anderen. Der Geschäftsführer muß also das Bewußtsein und den Willen haben, die Angelegenheiten eines anderen wahrzunehmen,

1) Immerhin wird in den Motiven II, S.860, auch die Anlehnung des § 752 des Entwurfs = § 682 BGB an Art. 471 des Schweizerischen Bundesgesetzes, der Art.421 des Schweizerischen Obligationenrechts entspricht, betont. Dazu aber bemerkt Schönberger (Oser-Schönberger, Kommentar zum Obligationenrecht II, 3.Teil, Art.421, Anm.1): "Der Art.421 erklärt die in bezug auf Vertragshaftung geltenden Grundsätze (Art.18 und 19 ZGB) als anwendbar für das hier vorliegende Quasi-Vertragsverhältnis." Sieht man aber die GoA als Quasi-Vertragsverhältnis an, so erscheint die Annahme einer einseitigen Berechtigung des Unmündigen bedenklich.

2) Vgl. S. 34 ff.

3) BGH in LM § 677 Nr. 2; Palandt-Gramm, § 662, Anm.3; Larenz, Schuldrecht II, § 53 I, bezeichnet als Geschäft die Besorgung jeder Angelegenheit, die im Interesse eines anderen liegt.

4) Vgl. Larenz aaO.; Palandt-Gramm, § 677, Anm. 2 a.

in einen fremden Interessenbereich einzugreifen¹⁾. Die umfassende Bedeutung des Begriffs "Geschäft" und das willentliche Eingreifen in einen fremden Interessenkreis bestimmen den Inhalt der §§ 677 ff. BGB.

Auf der einen Seite soll derjenige, der sich unentgeltlich bereit findet, die Interessen eines anderen wahrzunehmen, hinreichend geschützt werden. Dies geschieht insbesondere durch die Verpflichtung des Geschäftsherrn zum Aufwendungsersatz (§§ 683, 670 BGB). Die Gemeinschaft hat ein Interesse daran, daß die Menschen einander helfen. Wer einem anderen, der sich in einer Notlage befindet, hilft, und ihm drohende Gefahren und Nachteile abwendet oder abwenden will, soll hierdurch keine Nachteile erleiden. Er kann nicht für sein dem Wesen der Gemeinschaft gerecht werdendes Verhalten bestraft werden. Der Gesetzgeber hat sogar die unterlassene Hilfeleistung unter Strafe gestellt (§ 330 c StGB). Hierin liegt eine Aufforderung des Gesetzgebers, ungefragt und unentgeltlich in einen fremden Interessenkreis einzugreifen.

Andererseits muß aber der Geschäftsherr vor aufdringlichen, unerwünschten Eingriffen in seinen Rechtskreis geschützt werden. Denn regelmäßig besteht keinerlei Interesse an einer Einmischung Dritter in die persönlichen Angelegenheiten. Dies hat der Gesetzgeber erkannt²⁾. Infolgedessen hat er an das Handeln des Geschäftsführers besondere Bedingungen geknüpft, wenn es Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag rechtfertigen soll. So muß gem. den §§ 677, 678, 683 BGB die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen, wenn der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen erhalten soll. Ein derartiger Wille liegt nicht vor, wenn der Geschäftsherr das Geschäft "über-

1) Larenz II, § 53 I; Palandt-Gramm, § 677, Anm. 2 b; RGZ 130/311; 138/48; BGH in LM § 683 Nr. 3.
2) Motive II, S. 862.

haupt nicht gewollt oder nicht so gewollt hat, wie es der Geschäftsführer übernimmt" oder er diesen Geschäftsführer nicht wollte¹⁾. Die Übernahme ist in der Regel nur dann interessen- und willensgemäß, wenn der Eingriff gerade in dem konkreten Fall geboten erscheint²⁾. Häufig wird der wirkliche Wille des Geschäftsherrn unbekannt sein. In diesen Fällen richtet sich die Frage, ob die Übernahme dem Interesse und Willen des Geschäftsherrn entspricht, nach objektiven Gesichtspunkten³⁾. Bei der Erforschung des mutmaßlichen Willens sind jedoch die besonderen Umstände und die Verhältnisse des Geschäftsherrn, insbesondere seine finanzielle Lage zu berücksichtigen. Der Richter hat bei der Beurteilung "von dem verständigen Willen eines normalen Rechtsgenossen in der Lage des Geschäftsherrn" auszugehen⁴⁾.

Sinn und Zweck der §§ 677 ff. BGB ist also, eine sowohl dem Interesse der Gemeinschaft als auch dem Willen des einzelnen gerecht werdende Lösung für den Fall zu treffen, daß ein Dritter in den Rechtskreis eines anderen eingreift. Dabei wird dem Interesse der Gemeinschaft vorrangige Bedeutung beigemessen. Dies ergibt sich aus § 679 BGB. Danach ist der entgegengesetzte Wille des Geschäftsherrn unbeachtlich, wenn das öffentliche Interesse die Übernahme der Geschäftsführung verlangt.

Fordern also die Wertvorstellungen der Gemeinschaft die Übernahme der Geschäftsführung, so liegt eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag mit den sich aus ihr für den Geschäftsherrn ergebenden Pflichten vor. Die Verkehrsanschauung fordert die Übernahme dann nicht, wenn der einzelne einen entgegenstehenden, mit den Wertvorstellungen der Gemeinschaft nicht

1) Staudinger-Nipperdey, § 678, Rdnr. 2.

2) Staudinger-Nipperdey, § 683, Rdnr. 4.

3) Staudinger-Nipperdey, § 683, Rdnr. 6.

4) Staudinger-Nipperdey, § 683, Rdnr. 10.

kollidierenden Willen geäußert hat oder ein entgegenstehender Wille bei verständiger Würdigung des Einzelalles anzunehmen ist.

Die Frage ist nun, ob nach dieser besonderen Interessenlage auch eine rechtswirksame Geschäftsführung ohne Auftrag durch den Unmündigen denkbar ist.

Rettet ein Minderjähriger einen anderen Menschen vor dem Tode des Ertrinkens, so ist er damit dem Gebot der Menschenhilfe gerecht geworden¹⁾. Nicht anders ist es, wenn ein Geschäftsunfähiger einen Brand löschen hilft. Seine Handlung entspricht den das Wesen der Gemeinschaft prägenden ethischen Wertungen. Sie liegt nach der Verkehrsanschauung im Interesse dessen, dem geholfen worden ist, und stellt demzufolge auch eine gerechtfertigte Geschäftsführung ohne Auftrag dar. Dies gilt auch dann, wenn die Eltern eines Kindes mit der Vornahme der Handlung wegen der mit ihr verbundenen Gefahren nicht einverstanden waren oder wenn die Geschäftsführung infolge fehlerhaften Verhaltens des Unmündigen nicht erfolgreich war. Maßgebend ist nach dem Willen des Gesetzgebers allein, ob im Zeitpunkt der Übernahme des Geschäftes der Eingriff in den fremden Rechtskreis objektiv gerechtfertigt war; unwesentlich ist, ob der beabsichtigte Erfolg nun eintrat oder das Vermögen des Geschäftsherrn über den Betrag der Aufwendungen des Geschäftsführers hinaus vermehrt wurde²⁾.

Der Annahme einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag wird entgegengehalten, daß die Rechte und Pflichten aus der Geschäftsführung in einem gegen-

1) Auch der Minderjährige ist gem. § 330 c StGB zur Hilfeleistung verpflichtet, vgl. Schulien, NJW 1964, S. 1879.

2) Daß auf den Zeitpunkt der Übernahme abzustellen ist, ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut (§§ 678, 683); vgl. im übrigen Motive II, S. 863; RG in Das Recht 1908, Nr. 2155; Siebert-Erdsiek-Mühl, § 683, Rdnr. 2; Staudinger-Nipperdey, § 683, Rdnr. 5.

seitigen Abhängigkeitsverhältnis ständen. Infolgedessen müßten mit der Begrenzung der Haftungspflicht gem.

§ 682 BGB dennotwendig auch die Rechte aus der Geschäftsführung entfallen¹⁾. Nach Knoche²⁾ soll der Unmündige aufgrund der "gegenseitigen Sinnbezogenheit" von Rechten und Pflichten seinen Anspruch auf Aufwendungsersatz analog den §§ 273, 274, 320, 322, 387 BGB nur Zug um Zug gegen Befriedigung der Forderungen des Geschäftsherrn durchsetzen können. Zu den Forderungen des Geschäftsherrn seien insbesondere auch die Schadensersatzansprüche aus § 823 BGB zu zählen.

Es ist richtig, daß eine einseitige Berechtigung des Nichtvolljährigen stets dann zu verneinen ist, wenn Rechte und Pflichten einander bedingen³⁾. Bei dem Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag ist dies jedoch nicht der Fall. Wie beim Auftrag, der als einseitig verpflichtender Vertrag bezeichnet wird⁴⁾, so ist auch beim auftragsähnlichen Rechtsverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag⁵⁾ das wesentliche Kriterium in der unentgeltlichen Geschäftsbesorgung zu sehen. Die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten sind Nebenrechte und -pflichten, die einander nicht bedingen. Der Anspruch des Geschäftsführers auf Aufwendungsersatz (§§ 683, 670 BGB) hängt nicht davon ab, daß und ob er die ihm nach den §§ 677 ff. BGB obliegenden Pflichten erfüllt hat. Der Aufwendungsersatz stellt nicht die Gegenleistung für die Schadensersatzzahlung nach den §§ 682, 823 BGB dar⁶⁾. Vielmehr ergibt er sich allein aus der Tatsache, daß dem Geschäftsherrn der Nutzen des Geschäfts zufließt und Aufwendungen gemacht wurden, die der Geschäftsführer für erforderlich halten

1) So Staudinger-Nipperdey, § 682, Rdnr. 4; LG Aachen in NJW 1963, S. 1252 ff. (1253).

2) in MDR 1964, S. 193 ff. (195).

3) Vgl. oben, S. 53 ff. der Arbeit.

4) Vgl. Siebert, Erdsiek-Mühl, vor § 662, Rdnr. 1.

5) Vgl. Larenz II, § 53 a. Anfang.

6) Vgl. Diederichsen in MDR 1964, S. 891.

durfte¹⁾). Da also zwischen den Rechten und Pflichten aus der Geschäftsführung ohne Auftrag kein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis besteht, ist eine einseitige Berechtigung des Unmündigen zu bejahen.

4. Ergebnis zu II

Der Unmündige, der ein das Zusammenleben in der Gemeinschaft förderndes und tragendes Verhalten zeigt, indem er für einen anderen eintritt, ihm hilft, muß demgemäß als berechtigter Geschäftsführer i.S. der §§ 677 ff. BGB angesehen werden.

Dieses Ergebnis allein ist sachgerecht. Eine gegenteilige Meinung würde einem Appell an den Nicht-volljährigen gleichkommen, anderen Menschen nicht zu helfen. Das Ergebnis bedeutet nicht eine unvertretbare Belastung des Geschäftsherrn. Denn § 683 BGB schließt die Gefahr aus, daß ihm die Geschäftsführung durch den Unmündigen in unzumutbarer Weise aufgezwungen wird. Gemäß § 683 BGB muß die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechen, d.h. ihm nützlich sein²⁾. Sodann muß sie seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprechen. Die Erforschung des mutmaßlichen Willens erfolgt zwar vom Standpunkt eines objektiven Betrachters, aber unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Geschäftsherrn. Auch vom Standpunkt des objektiven Betrachters wird die Übernahme schwieriger Rechtsgeschäfte durch den Unmündigen regelmäßig nicht dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen³⁾.

1) Vgl. Canaris in NJW 1964, S. 1989.

2) Staudinger-Nipperdey, § 683, Rdnr. 6.

3) Im gewissen Umfange ist daher Klein (Rechtshandlungen, S.89 f. und Diederichsen, MDR 1964, S.891) Recht zu geben, wenn sie bei der Vornahme rechtsgeschäftlicher Hilfsdienste eine berechnete Geschäftsführung des Unmündigen verneinen.

§ 16. Haftung des Unmündigen nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts

Nach § 105 BGB sind Rechtsgeschäfte Geschäftsunfähiger nichtig. Gemäß den §§ 107 ff. BGB gilt das gleiche für die ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossenen, nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäfte des Minderjährigen, wenn der gesetzliche Vertreter die Genehmigung versagt.

Die Rückerstattung der im Rahmen eines nichtigen Rechtsgeschäftes erbrachten Leistungen vollzieht sich nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts. Ob, in welcher Form und in welchem Umfange die §§ 812 ff., 819, 292, 989, 990, 987 ff. BGB und die zu ihnen entwickelten Theorien (Saldotheorie) auch auf den Unmündigen Anwendung finden, ist umstritten.

I. Anwendung der Saldotheorie

1. Problemstandort

Das Problem der Anwendung der Saldotheorie auf den Minderjährigen soll anhand folgenden Beispiels dargelegt und untersucht werden:

V verkauft und übereignet dem 18jährigen K einen Gebrauchtwagen im Werte von 3000.- DM für 3000.- DM. Da die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters des K nicht vorlag und dieser auch die Genehmigung des Geschäftes verweigerte, war der Kaufvertrag unwirksam. Beide Parteien hielten aber die Einwilligung irrtümlich für gegeben.

K erleidet, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, mit dem Wagen Totalschaden, der Wagen hat nur noch Schrottwert. K verlangt nunmehr von V die Rückerstattung des Kaufpreises.

Anspruchsgrundlage ist § 812 BGB. V hat den Kaufpreis in Höhe von 3000.- DM durch Leistung des K ohne Rechtsgrund erlangt. Die Voraussetzungen des § 812 BGB sind also gegeben. Demnach wäre ein Anspruch des K auf

Rückzahlung der 3000 DM gegen V zu bejahen.

V hat nun seinerseits gegen K gem. § 812 BGB einen Anspruch auf Rückgabe des Wagens¹⁾. Da K aber infolge des Unfalls weder den Wagen noch einen entsprechenden Wert besitzt (§ 818 Abs.2 BGB), ist die Bereicherung des K weggefallen (§ 818 Abs.3 BGB)²⁾.

Das Ergebnis wäre also: K hätte einen Anspruch auf Rückzahlung der 3000.- DM. V ginge leer aus. Er allein müßte den durch den Untergang des Wagens eingetretenen Schaden tragen.

Eine derartige Lösung entspräche der Zweikondiktionentheorie³⁾. Sowohl in der Rechtsprechung⁴⁾ als auch in der Literatur⁵⁾ ist die Zweikondiktionentheorie aber durch die Saldotheorie ersetzt worden. Danach ist, wenn aufgrund eines nichtigen gegenseitigen Vertrages ein Leistungsaustausch stattgefunden hat, der Bereicherungsanspruch "von vornherein in sich auf den Betrag beschränkt, der sich bei einer Gegenüberstellung der erlangten Vorteile und erlittenen Nachteile als Überschuß zugunsten des Empfängers ergibt⁶⁾." Überträgt man diesen Grundsatz auf den hier vorliegen-

1) Es ist allgemein anerkannt, daß der Minderjährige eine vorhandene Bereicherung nach § 812 BGB herausgeben muß (vgl. Palandt-Danckelmann, § 108, Anm.1; Staudacher in NJW 1961, S. 1908).

2) Das Problem einer verschärften Haftung des Minderjährigen gemäß den §§ 819, 292, 989, 990 Abs.1, 987 BGB stellt sich diesem Zusammenhang nicht, da K irrtümlich die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters für gegeben hielt. § 819 BGB fordert aber positive Kenntnis des Mangels des Rechtsgrundes. Diese liegt bei einem Rechtsirrtum nicht vor. Vgl. Fikentscher, Schuldrecht, § 18 III 5 d; Pawlowski, JuS 1967, S.305, Fußnote 27.

3) Hierfür Oertmann, § 818 BGB, Anm.3a alpha; v.Tuhr II 1, § 57 V, S.316; derselbe, § 59 IX,1,S.358.

4) Vgl. BGHZ 1/75 ff.(81); BGH in NJW 1963,S.1870; NJW 1964, S.39; JuS 1964,S.36 f. mit weiteren Nachweisen; RGZ 137/336; 141/312; 106/7; 105/31.

5) Vgl. Larenz Schuldrecht I, § 25 II b; Weintraud, Saldotheorie; Palandt-Gramm, § 818,Anm.1 und 6c; im übrigen auch Fußnote 3 auf S. 10 der Arbeit.

6) BGHZ 1/81 = NJW 1951, S. 270 ff..

den Sachverhalt, so hat K gegen V keinen Anspruch aus § 812 BGB auf Zahlung der 3000 DM; denn der Saldo beträgt = 0. V hat für den Kaufpreis in Höhe von 3000.- DM einen Wagen mit gleichem Wert fortgegeben.

Nach der Saldotheorie wird der Minderjährige K also so gestellt, wie wenn der Vertrag rechtswirksam gewesen wäre. Es stellt sich zwangsläufig die Frage, ob dies mit den Rechtsgedanken der §§ 104 ff. BGB in Einklang steht.

2. Lösungsvorschläge in Rechtsprechung und Literatur

Das Reichsgericht und Weintraud¹⁾ sprachen sich ausdrücklich für eine Anwendung der Saldotheorie auch auf den Unmündigen aus. Weintraud sah sogar das Hauptmotiv für die Entwicklung der Saldotheorie in dem Schutzbedürfnis des redlichen Verkehrs vor dem unerkennbar Geschäftsunfähigen. Es wurde also dem Verkehrsschutz der Vorrang vor dem Prinzip des Minderjährigenschutzes eingeräumt.

Die heute weitaus überwiegende Meinung²⁾ lehnt hingegen die Anwendung der Saldotheorie auf den Unmündigen ab. Die Saldotheorie sei lediglich eine von der Rechtsprechung aus Billigkeitsgründen vorgenommene Gesetzeskorrektur. Ihre Anwendung müsse unterbleiben, wenn ein vorrangiger Grundsatz der Rechtsordnung, wie der des Minderjährigenschutzes, beeinträchtigt werde³⁾.

Nach der herrschenden Meinung wäre der vorliegende Sachverhalt daher nach der Zweikonditionentheorie zu entscheiden. Der minderjährige K könnte also von V die 3000 DM zurückverlangen. V ginge leer aus.

Die Prinzipien des Verkehrs- und Minderjährigenschutzes werden also jeweils unter Betonung ihrer Priorität zur Begründung der Anwendung oder Nichtan-

1) Vgl. Fußnoten 1 und 2 auf S. 10 der Arbeit.

2) Vgl. Fußnote 3, S. 10 der Arbeit.

3) Vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 25 II b a.E.; OLG Hamm in NJW 1966, S. 2357 ff.

wendung der Saldotheorie auf den Unmündigen herangezogen¹⁾.

3. Stellungnahme

Wir haben oben²⁾ dargelegt, daß weder von einer absoluten Vorrangigkeit des Minderjährigenschutzes noch des Verkehrsschutzes gesprochen werden kann. Entscheidend für die Anwendbarkeit der §§ 104 ff. BGB ist vielmehr, ob und gegebenenfalls inwieweit die Saldotheorie an die Fähigkeit der Parteien zur eigenverantwortlichen Willensbildung anknüpft. Ist dieser Fähigkeit maßgebende Bedeutung beizumessen, so kann ein Bereicherungsanspruch des Minderjährigen nicht nach den Grundsätzen der Saldotheorie entfallen.

a) Sinn und Zweck der §§ 812 ff. BGB

Eine Beantwortung der Frage könnte sich aus den Wertungen ergeben, die den §§ 812 ff. BGB zugrunde liegen.

§ 748 des Entwurfs, der im wesentlichen § 812 BGB entspricht, lautete: "Derjenige aus dessen Vermögen nicht kraft seines Willens oder nicht kraft seines rechtsgültigen Willens ein anderer bereichert worden ist, kann, wenn hierzu ein rechtlicher Grund gefehlt hat, von dem anderen die Herausgabe der Bereicherung fordern". Demnach soll für die Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB maßgebend sein, ob die Vermögensverschiebung mit dem Willen, und zwar dem rechtsgültigen Willen des Entreicherten erfolgte. So heißt es denn

1) Vom Prinzip des Minderjährigenschutzes her argumentieren auch das LG Bielefeld in NJW 1963, S. 908 f. (909) und Staudacher, NJW 1961, S. 1907 ff. in Ablehnung des Urteils des OLG Köln vom 9.12.1959 (ZU 82/59), das die Anwendung der §§ 812, 818 Abs. 2 BGB auf den Minderjährigen bejaht mit der Folge, daß dieser über § 818 II BGB höheren Ersatz leisten mußte, als wenn der Vertrag wirksam gewesen wäre.

2) Vgl. oben, S. 29 f., 44.

auch in den Motiven¹⁾, daß die *condictio sine causa* besonders dann gegeben sei, "wenn ein Geschäftsunfähiger oder eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters eine Leistung bewirkt". Da der Gesetzgeber mit der Errichtung der §§ 812 ff. BGB also gerade den Zweck verfolgte, den Willensunfähigen vor Vermögensverlusten zu schützen, könnte man folgern, daß dieser Zweck nicht durch eine Anwendung der Saldotheorie ausgeschlossen werden darf.

b) Sinn und Zweck der Saldotheorie

Nun soll aber gem. § 818 Abs.3 BGB die Verpflichtung des Empfängers der Leistung zur Herausgabe des Erlangten oder zum Wertersatz ausgeschlossen werden, wenn er nicht mehr bereichert ist. Unter Bezugnahme auf § 818 Abs.3 BGB bezeichnete es der Bundesgerichtshof²⁾ als obersten Grundsatz des Bereicherungsrechts, "daß die Herausgabepflicht des Bereicherten keinesfalls zu einer Verminderung seines Vermögens über den Betrag der wirklichen Bereicherung hinaus führen" dürfe. Diese Erwägungen liegen auch der Saldotheorie zugrunde. Man wollte vermeiden, daß eine Partei einseitig die empfangene Leistung zurückgeben muß, ohne die von ihr erbrachte Gegenleistung oder einen entsprechenden Wert zurückzuerlangen, was bei einem Fortfall der Bereicherung der anderen Partei gem. § 818 Abs.3 BGB der Fall wäre³⁾.

Demzufolge könnte man meinen, daß die Rechtsunfähigkeit des Willens bei der Vermögensverschiebung dann unbeachtet bleiben muß und keinen Bereicherungs-

1) Motive II, S. 853.

2) BGHZ 1/75 ff. (81).

3) Vgl. Weintraud, Saldotheorie, S. 66 ff. (67):
"Die wirtschaftliche Einheitlichkeit der Vorgänge...
ist Grundgedanke der zur Saldotheorie ergangenen
Entscheidungen".

anspruch nach sich ziehen kann, wenn nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten von einer Bereicherung des anderen Teils nicht mehr gesprochen werden kann. Dies würde für unseren Fall bedeuten, daß der minderjährige K seine 3000 DM nicht mehr zurückfordern kann, da der Saldo gleich Null ist.

c) Der nichtige Vertrag als Grundlage der Saldotheorie

Gegen dieses Ergebnis sprechen aber folgende Überlegungen: Die Saldotheorie erfaßt die Fälle, in denen aufgrund eines nichtigen, gegenseitigen Vertrages ein Leistungsaustausch stattgefunden hat. Nichtigkeit bedeutet nach der h.M.¹⁾, daß ein Rechtsgeschäft als von Anfang an nicht vorhanden anzusehen ist, d.h., daß die gewollte Wirkung überhaupt nicht eintritt. Von einer völligen Negierung des Vertrages geht nun aber die Saldotheorie gerade nicht aus. Vielmehr berücksichtigt sie die synallagmatische Abhängigkeit der bei einem gegenseitigen Vertrag ausgetauschten Leistungen; die beiderseitigen Leistungen bleiben also trotz ihrer Rechtsgrundlosigkeit durch die Fortwirkung des Austauschzweckes weiterhin miteinander verknüpft²⁾.

Die Saldotheorie hat ihre Grundlage also nicht in einem gesetzlichen Schuldverhältnis, sondern in dem "nichtigen" Vertrag. Die Nichtigkeit hat "nur den Ausschluß bestimmter, d.h. durch den Zweck der die Nichtigkeit anordnenden Normen bestimmter, Rechtsfolgen" zur Folge. "Die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts" bleibt "im übrigen unberührt"³⁾. So bleibt denn auch

1) Vgl. Erman-Westermann, Einl. zu § 104, Anm.12; Palandt-Danckelmann, Überblick vor § 104, Anm.4a.

2) Larenz, Schuldrecht II, § 64 II; vgl. auch Enneccerus-Lehmann, § 27 III 3; v. Caemmerer in Festschrift für Rabel I, S.86; Blomeyer, AcP Bd. 154, S.535; Raape in AcP Bd. 152, S.462.

3) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, S.37 ff.; vgl. auch S.47 und S.160; ähnlich Flume, Festschrift für Niedermeyer, S. 173 f..

nach der Saldotheorie ein nichtiger Vertrag praktisch in vollem Umfange bestehen, wenn - wie in unserem Fall - Leistung und Gegenleistung den gleichen Wert geben, die eine Partei aber die empfangene Leistung ersatzlos verbraucht hat.

Einem nichtigen Vertrag faktische Wirksamkeit verleihen kann aber nur, wer in der Lage ist, einen Vertrag wirksam abzuschließen, also nicht der Unmündige¹⁾.

4. Ergebnis zu I

Die Saldotheorie ist damit nicht auf die Geschäftsunfähigen und Minderjährigen anwendbar²⁾, soweit sie zu einem Fortfall der Bereicherungsansprüche des Unmündigen führen würde. Vielmehr gilt die Zweikonditionentheorie.

Der 18jährige K hat daher gegen V gemäß § 812 BGB einen Anspruch auf Zahlung von 3000 DM. K selbst kann sich auf den Wegfall der Bereicherung berufen.

Zu dem gleichen Ergebnis muß man kommen, wenn man mit Flume³⁾ und Nipperdey⁴⁾ die Möglichkeit der Berufung auf den Wegfall der Bereicherung für denjenigen ausschließt, der sich willentlich entschieden hat, einen Gegenstand "in sein Vermögen aufzunehmen und die spätere vermögensmäßige Disposition in keinem Zusammenhang mehr mit der willentlichen Aufnahme in sein Vermögen steht". Denn willentliche, vermögensmäßige

1) Vgl. BGHZ 17/160, wo die Ausdehnung der Grundsätze der faktischen Gesellschaft auf den Minderjährigen abgelehnt wurde.

2) So auch wohl der BGH in NJW 1967, S. 980 f.: "Die Interessen des Klägers (des Geschäftsfähigen) werden selbst dann nicht ungerechtfertigt zurückgestellt, wenn ihm eine Entschädigung gegen den Minderjährigen für den Gebrauch der überlassenen Sache auch unter bereicherungsrechtlichen Gesichtspunkten versagt sein sollte."

3) Flume in Festschrift für Niedermeyer, S. 103 ff. (155, 158 ff., 173 ff.).

4) Enneccerus-Nipperdey, § 152 II, Fußnote 19.

Dispositionen, wie sie von den Parteien bei einem gegenseitigen Leistungsaustausch getroffen werden, sind dem Unmündigen nicht möglich¹⁾.

Allerdings sind die Grundsätze der Saldotheorie auf den Unmündigen nur insoweit nicht anwendbar, als sie diesen an einer Durchsetzung seines Bereicherungsanspruchs hindern. So kommt die Saldotheorie bei folgender Abwandlung des Ausgangsfallles zum Zuge: Der Minderjährige V verkauft den Wagen für 3000 DM an den geschäftsfähigen K. K fährt den wagen zu Schrott.

K war in der Lage, einen wirksamen Vertrag abzuschließen, eine wirksame vermögensmäßige Entscheidung zu treffen. Sein Verhalten ist ihm daher zurechenbar. Der Minderjährige darf die 3000 DM behalten.

II. Verschärfte Haftung gem. §§ 819, 292, 989, 990 Abs.1, 987 ff. BGB

Wie die Frage der Anwendung der Saldotheorie auf den Nichtvolljährigen, so ist auch die der verschärften Haftung des Unmündigen gem. den §§ 819, 292, 989, 990 Abs.1, 987 ff. BGB umstritten. Dabei wird teilweise zwischen den Fällen der Leistungskondiktion und der Eingriffskondiktion unterschieden²⁾.

1. Leistungskondiktion

Für die Leistungskondiktion stellt sich das Problem bei folgender Abwandlung des Ausgangsfallles: Der minderjährige K hielt die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zum Vertragsschluß nicht irrtümlich für gegeben. Vielmehr wußte er, daß sie zum wirksamen Abschluß des Vertrages erforderlich war, sein gesetzlicher Vertreter sie ihm aber für den Kauf eines Autos keinesfalls geben würde, da dieser ihm den Kauf bereits ausdrücklich verboten hatte.

1) Vgl. Flume, aaO., S.174; Nipperdey, aaO.

2) Vgl. Pawlowski, JuS 1967, S. 302 ff.

K kannte also den Mangel des Rechtsgrundes beim Erwerb des Wagens. Wäre ihm diese Erkenntnis wie einem Geschäftsfähigen zuzurechnen, so könnte er sich nicht auf den Wegfall der Bereicherung gem. § 818 Abs.3 BGB berufen. Vielmehr träfe ihn die verschärfte Haftung¹⁾ gem. den §§ 819, 292, 989, 990 Abs.1, S.1, 987 ff. BGB.

In der Literatur²⁾ wird die verschärfte Haftung des Minderjährigen teilweise bejaht, und zwar über eine analoge Anwendung des § 828 Abs.2 BGB. Soweit der Minderjährige genügend einsichtsfähig sei, die Rechtsgrundlosigkeit des Empfanges der Leistung und die daraus folgende Verpflichtung zur Herausgabe des Erlangten zu erkennen, könne er sich nicht mehr auf den Wegfall der Bereicherung berufen. Nipperdey³⁾ rechtfertigt dieses Ergebnis noch mit der Feststellung, daß es sich bei der Haftung aus den §§ 819 ff. BGB nicht um die Folgen eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Verhaltens handle, sondern um eine Haftung kraft Gesetzes. Demzufolge seien die §§ 104 ff. BGB nicht anwendbar.

Wie oben⁴⁾ dargelegt, ist die den §§ 827, 828 BGB zugrundeliegende Wertung aber spezifisch deliktsrechtlich, sie knüpft an ein objektiv unrechtes Verhalten an. Demzufolge läßt sich eine entsprechende Anwendung der §§ 828 ff. BGB auf die Fälle der Leistungskondition nur dann bejahen, wenn in dem bewußten rechtsgrundlosen Empfang einer Leistung ein Verstoß gegen eine Verbotsnorm gesehen werden kann. Dies ist aber nicht der Fall. Die Nichtigkeit des Vertrages führt lediglich zur Rechtsgrundlosigkeit des Leistungserwerbs. Sie ändert aber nichts an der Tatsache, daß die

1) Die Saldotheorie gilt nicht bei der verschärften Haftung; vgl. Larenz II, § 64 II; Esser, Schuldrecht, § 200, 3.

2) siehe Fußnote 2 auf S. 11 der Arbeit.

3) bei Enneccerus, § 151 II 1 a, Fußnote 7.

4) Vgl. oben, S. 45 der Arbeit.

Leistung mit Einverständnis des Leistungsgebers erworben wurde, insoweit also eine gewollte rechtmäßige Vermögensverschiebung vorlag. So erwarb der minderjährige K auch rechtswirksam Eigentum an dem Auto. Eine entsprechende Anwendung der §§ 827, 828 BGB ist daher abzulehnen.

Hinsichtlich der von Nipperdey vertretenen Ansicht, daß es sich bei der Haftung aus § 819 BGB nicht um die Folgen eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Verhaltens, sondern um eine Haftung kraft Gesetzes handle, kann an die zur Saldotheorie gemachten Ausführungen angeknüpft werden. Danach hat in den Fällen der Leistungskondition der Bereicherungsanspruch seine Grundlage in einem nichtigen Vertrag.¹⁾ Da dem Minderjährigen aber die Fähigkeit fehlt, einem nichtigen Vertrag faktische Wirksamkeit zu verleihen, kann er auch nicht auf dem Umwege über § 819 BGB verantwortlich sein.

Es ist daher mit der Rechtsprechung²⁾ und der wohl h.M. in der Literatur³⁾ anzunehmen, daß der Minderjährige in den Fällen der Leistungskondition nicht der verschärften Haftung gem. § 819 BGB unterworfen werden kann.

Dieses Ergebnis wird durch § 166 BGB bestätigt. Die Vorschrift enthält den allgemeinen Rechtsgedanken, daß für den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen allein die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters und nicht die des Vertretenen, d.h. hier des Nichtvolljährigen, maß-

1) Noch weiter geht Kreß, Lehrbuch d. Bes. Schuldrechts, S. 329 ff. (330). Für ihn sind die Bereicherungsansprüche keine gesetzlichen, sondern rechtsgeschäftliche Ansprüche, die sich bei einer Auslegung nach § 157 BGB bereits aus dem wohlverstandenen Willen der Parteien ergäben. Ähnlich Windscheid, AcP Bd. 78, S. 178 ff. (180 f).

2) RG in JW 1917, S. 465 = WarnRG 1918, Nr. 70; OLG Hamm in NJW 1966, S. 2357.

3) Vgl. oben, S. 11 und dort Fußnote 4.

gebend sein soll¹⁾.

Würde man bei der Leistungskondition eine verschärfte Haftung des Minderjährigen gem. § 819 BGB bejahen, so hätte dies zur Folge, daß ein Geschäftsfähiger ohne Bedenken mit einem Minderjährigen einen Vertrag schließen könnte. Er brauchte die Behauptung des Minderjährigen, volljährig zu sein oder die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu besitzen, nicht nachzuprüfen. Denn nach § 819 BGB wäre der Minderjährige praktisch an den Vertrag gebunden. Nun hat der Gesetzgeber aber mit den §§ 104 ff. BGB gerade zum Ausdruck bringen wollen, daß es dem Geschäftsfähigen obliegt, Erkundigungen einzuziehen, und der Minderjährige für fälschliche Behauptungen nur nach deliktsrechtlichen Vorschriften (§§ 823, 828 BGB, 263 StGB) ersatzpflichtig sein soll.²⁾

2. Eingriffskondition

Zu klären bleibt noch, ob eine verschärfte Haftung des Minderjährigen nicht in den Fällen der Eingriffskondition angenommen werden kann.

Ein Fall der Eingriffskondition wäre bei folgender Abwandlung des Ausgangsfalles gegeben:
Der geschäftsfähige V hatte den Wagen an den minderjährigen M für den 1.6.1967 vermietet. Als Mietpreis waren 20 DM pro Tag vereinbart. V wies ausdrücklich darauf hin, daß er den Wagen nur für den 1.6. vermieten wolle. Für die darauffolgenden Tage habe er ihn bereits einem anderen versprochen. M zahlte den Mietpreis für den 1.6.1967 sofort. Er brachte den Wagen aber nicht wie vereinbart, am 1.6., sondern erst am 6.6.1967 gegen 19 Uhr zurück. V verlangt nunmehr von M 120 DM, wobei er die bereits entrichteten 20 DM an-

1) Vgl. RG in JW 1917, S.465; Staudinger-Coing, § 105, Rdnr.13; Larenz II, § 64 II; Enneccerus-Lehmann, § 227, V 1 b; Palandt-Gramm, § 819, Anm. 2 c.

2) Motive I, S. 134, 141.

rechnen will¹⁾). Für den 1.6.1967 kann V nicht die Zahlung von 20 DM verlangen. Zwar hat M mit der Benutzung des Wagens Gebrauchsvorteile und damit "etwas" i.S. des § 812 BGB erlangt. Die Bereicherung ist aber weggefallen (§ 818 Abs.3 BGB). Eine verschärfte Haftung des Minderjährigen gem. § 819 BGB kann trotz Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit des Vertrages nicht angenommen werden. Denn hinsichtlich des ersten Tages handelt es sich um einen Fall der Leistungskondiktion.

Vom 2.6.1967 bis 6.6.1967 hingegen hat M die Gebrauchsvorteile nicht durch Leistung des V, sondern in "sonstiger Weise" erlangt. Insoweit liegt daher ein Fall der Eingriffskondiktion vor. Indem sich M über die vereinbarte Mietzeit hinaus die Gebrauchsvorteile an dem Wagen verschaffte, griff er gleichzeitig bewußt gegen den Willen des V in dessen Eigentumsrechte ein. Ein derartiger verbotener Eingriff in die Rechtsgüter eines anderen hat aber deliktsrechtlichen Charakter²⁾. Demzufolge muß sich der Umfang der Haftung des M auch nach deliktsrechtlichen Vorschriften (§§ 827, 828 BGB) richten. Es ist daher Pawlowski³⁾ zuzustimmen, wenn er im Fall der Eingriffskondiktion den Minderjährigen der verschärfen Haftung aus § 819 BGB i.V. mit § 828 Abs. 2 BGB unterwirft.

M war hier aufgrund seines Alters und des ausdrücklichen Hinweises des V, den Wagen noch am 1.6.67 zurückzubringen, einsichtsfähig genug, den in seinem Handeln liegenden Verstoß gegen ein Verbot zu erkennen. Gemäß den §§ 819, 828 Abs.2 BGB analog, 292, 990 Abs.1 S.1, 987 BGB ist er daher zur Zahlung von 100 DM verpflichtet, V muß lediglich gem. § 812 BGB die von M gezahlten 20 DM herausgeben bzw. sich auf seine For-

1) Dieser Fall ist der Entscheidung des OLG Hamm in NJW 1966, S.2357 ff. nachgebildet; vgl. dazu auch Pawlowski, JuS 1967, S. 302 ff.

2) Vgl. Pawlowski, JuS 1967, S.302 ff. (306 f.); Larenz II, § 64 II, S. 396.

3) aaO.

derung von 100 DM anrechnen lassen¹⁾).

Mit einem derartigen Ergebnis wird auch nicht ein gem. den §§ 104 ff. BGB unwirksamer Vertrag aufrechterhalten, d.h. der Schutz des Minderjährigen umgangen. Denn der nichtige Vertrag bezog sich nur auf den 1.6.1967. Die darüber hinaus erlangten Gebrauchsvorteile haben ihre Grundlage allein in dem verbotswidrigen Handeln des M, nicht in dem unwirksamen Vertrag.

3. Ergebnis zu II

Der Unmündige unterliegt in den Fällen der Leistungskondition nicht der verschärften Haftung aus § 819 BGB.

In den Fällen der Eingriffskondition haftet er hingegen gem. §§ 819, 292, 989, 990 Abs.1 S.1, 987 ff. BGB, wenn er die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat (§ 828 Abs. 2 BGB).

§ 17. Gefährdungshaftung

Die Gefährdungshaftung ist in den §§ 833 S.1 BGB, 7 Abs.1 StVG und 1 HaftpflG gesetzlich normiert. Danach haben die Halter eines Tieres, Fahrzeuges und der Eisenbahnunternehmer die Schäden zu ersetzen, die an Personen oder Sachen bei dem Betrieb von Fahrzeugen und Eisenbahnen entstehen, bzw. durch ein Tier hervorgerufen werden. Die Besonderheit der Haftung liegt darin, daß die Ersatzpflicht unabhängig von einem Verschulden des Halters ist. Sie ist gem. § 1 HaftpflG, 7 Abs.2 StVG nur dann ausgeschlossen, wenn der Unfall durch höhere Gewalt, d.h. durch ein unabwendbares Ereignis oder durch eigenes Verschulden des Getöteten

1) Sein Ersatzanspruch in Höhe von 100 DM kann allerdings über § 254 BGB gemindert sein, wenn ihn ein Mitverschulden trifft. Vgl. Pawlowski, aaO., S. 307.

oder Verletzten, verursacht worden ist¹⁾.

I. Unterscheidung Halter s e i n und w e r d e n

Da die Haftung unabhängig von dem Verschulden des Halters ist, wird in der Literatur²⁾ nahezu einhellig die Auffassung vertreten, daß auch der Deliktsunfähige und Geschäftsunfähige Halter s e i n und somit gemäß den §§ 833 S.1 BGB, 7 StVG, 1 HaftpflG haften können. Hingegen ist die Frage, ob der Minderjährige und der Geschäftsunfähige Halter w e r d e n können, umstritten³⁾.

Auf den ersten Blick erscheint die Unterscheidung "Halter sein" und "Halter werden" bedenklich. Führt sie doch zu dem Ergebnis, daß ein Geschäftsunfähiger im Vorstadium, d.h. bei Begründung der Haltereigenschaft, einseitig Schutz genießt, während er, ist er erst einmal Halter geworden, nicht mehr geschützt wird. Das Gesetz sieht jedoch die Möglichkeit vor, daß eine Person Träger von Rechten und Pflichten sein, die Rechtsstellung aber nicht von sich aus, ohne Mitwirkung Dritter begründen kann. Gemäß § 1 BGB sind auch der Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige rechtsfähig. Sie können also Träger von Rechten und Pflichten sein, diese aber gemäß den §§ 104 ff. BGB nicht von sich aus begründen. Die Unterscheidung "Halter s e i n" und "Halter w e r d e n" ist also zulässig.

II. Begründung der Halterstellung durch den Unmündigen

Im folgenden soll untersucht werden, ob der Unmündige Halter werden kann.

-
- 1) Das gleiche gilt nach einhelliger Ansicht für die Tierhalterhaftung, vgl. RG in JW 1933, S.639; Palandt-Gramm, § 833, Anm. 3b.
 - 2) Vgl. Canaris, NJW 1964, S.1989; Hofmann, NJW 1964, 228 ff.; Bienenfeld, Haftungen, S.122, vgl. auch Fußnote 1 auf S. 12 der Arbeit.
 - 3) Vgl. oben S. 12, 13, Fußnoten 2 u.4; Fußnoten 2.

1. Analoge Anwendung der §§ 827, 828 ff. BGB

Hofmann¹⁾ kommt durch eine analoge Anwendung der §§ 827, 828 ff. BGB zu dem Ergebnis, daß der beschränkt Geschäftsfähige Halter werden kann. Anknüpfungspunkt der Gefährdungshaftung sei die Eröffnung einer Gefahrenquelle, aus der die Haltereigenschaft folge. Verhalte sich aber ein Minderjähriger so, daß eine Haftungsgefahr drohe, so komme es entscheidend auf die Einsichtsfähigkeit an. Nun ist aber oben²⁾ dargelegt worden, daß es sich bei der den §§ 827, 828 BGB zugrunde liegenden Wertung um eine spezifisch deliktsrechtliche handelt. Die §§ 827, 828 BGB beruhen auf der Erkenntnis, daß der Minderjährige von Natur aus einen Verstoß gegen eine Verbotsnorm leichter erfassen kann als die nachteiligen Folgen eines rechtmäßigen Verhaltens. Die Eröffnung der Gefahrenquelle -unterstellt man einmal die Richtigkeit der Auffassung, daß sie Anknüpfungspunkt der Gefährdungshaftung ist-, stellt aber keinen Verstoß gegen eine Verbotsnorm dar. Die Begründung der Halterstellung erfolgt durch rechtmäßiges, von der Rechtsordnung anerkanntes Verhalten. Die Gefährdungshaftung läßt sich also nicht als Unrechtsfolge qualifizieren. Ihre dogmatische Eigenständigkeit gegenüber dem Deliktsrecht liegt gerade darin begründet, daß für den Schadensausgleich nicht eine rechtswidrige Handlung maßgebend ist.³⁾ Dies ergibt sich auch aus den Motiven⁴⁾, in denen die Errichtung des § 833 damit begründet wird, daß bei dem Mangel desselben "nach den allgemeinen Grundsätzen der Beschädigte in vielen Fällen auf Schadensersatz keinen Anspruch haben würde, obschon das praktische Bedürfnis

1) Hofmann, NJW 1964, S. 228 ff. (231-233).

2) vgl. oben, S. 45 der Arbeit.

3) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 208 II 1, S. 1273; Esser, Schuldrecht, § 201, 2 e; derselbe § 212, 1; Canaris, NJW 1964, S. 1991.

4) Motive II, S. 811 zu § 734 des Entwurfs, der § 833 BGB entspricht.

ein anderes erfordert."

Die analoge Anwendung der §§ 827, 828 BGB ist daher abzulehnen.

2. Versicherbarkeit des Risikos als tragendes Element der Gefährdungshaftung

Im Gegensatz zu Hofmann will Canaris¹⁾ die §§ 104 ff. BGB analog anwenden. Seiner Ansicht nach kann also der Unmündige nicht Halter werden. Als Begründung führt er u.a. an, daß ein wesentliches Element der Gefährdungshaftung in der "Versicherbarkeit des Risikos" liege. Diese sei grundsätzlich nur dem Geschäftsfähigen möglich. Bestehe allerdings trotz mangelnder Geschäftsfähigkeit ein wirksamer Versicherungsschutz, so müsse auch der Unmündige Halter werden können²⁾. Ein derartiger Fall könne z.B. eintreten, wenn der Versicherungsvertrag des Veräußerers aufgrund der für eine längere Zeit im voraus erfolgten Prämienzahlung nicht gleichzeitig mit dem Verlust der Haltereigenschaft erlösche.

Diese Form der Begründung ist methodisch nicht aufrechtzuerhalten. Denn hier wird von einem als sachgerecht empfundenen Ergebnis her die Entscheidung darüber getroffen, wann und wie ein Nichtvolljähriger Halter werden kann. Zudem wäre von einer derartigen Argumentation her gesehen nicht verständlich, warum der Unmündige Halter sein können soll. Denn auch wenn er Halter ist, kann er sich selbst nicht durch den Abschluß eines Versicherungsvertrages schützen. Da die Versicherbarkeit des Risikos also auch hier nicht möglich ist, müßte Canaris konsequenterweise zu dem von ihm nicht vertretenen Ergebnis kommen, daß der Unmündige auch nicht Halter sein kann.

1) Canaris, NJW 1964, S. 1990 ff.

2) Canaris, aaO., S. 1991 f.

3. Anknüpfungspunkt der Gefährdungshaftung

Allerdings wird von Canaris die Versicherbarkeit des Risikos nur als Nebenargument zur Begründung der analogen Anwendung der §§ 104 ff. BGB angeführt. Ebenso wie Hofmann¹⁾ stellt auch er bei seiner Argumentation in den Vordergrund, daß Anknüpfungspunkt der Gefährdungshaftung die Eröffnung einer Gefahrenquelle sei. Die Eröffnung der Gefahrenquelle beruhe "auf der Initiative und privatwirtschaftlichen Verantwortung des Unternehmers." Demzufolge sei zu ihrer Wirksamkeit das Vorliegen "subjektiver Zurechnungsfähigkeit" erforderlich²⁾. Diese aber besitze nur der Geschäftsfähige.

Ob die Eröffnung der Gefahrenquelle wirklich als Anknüpfungspunkt der Gefährdungshaftung angesehen werden kann, läßt sich nur durch einen Rückgriff auf die Wertungen klären, die den Gefährdungshaftungstatbeständen zugrunde liegen.

a) Gesetzeswortlaut:

Aus dem Wortlaut der §§ 833 BGB, 7 StVG, 1 HaftpflG lassen sich keine Anhaltspunkte herleiten. Die Besonderheit der Gefährdungshaftungstatbestände gegenüber den deliktsrechtlichen Vorschriften liegt gerade darin begründet, daß sie von dem Erfordernis irgendeiner auf den konkreten Schadenseintritt gerichteten Handlung absehen. Dies könnte ein Indiz dafür sein, daß die Haftung primär nicht an ein Willensmoment, sondern an den einmal geschaffenen Zustand anknüpft.

b) Interessenlage

Aufschluß über den Anknüpfungspunkt der Gefährdungshaftung kann nur durch eine Untersuchung der den

1) Hofmann, NJW 1964, S. 231.

2) Canaris, NJW 1964, S. 1990.

§§ 833 BGB, 7 StVG, 1 HaftpflG zugrundeliegenden Interessenlage und eine Heranziehung vergleichbarer Interessenlagen erlangt werden.

Mit den §§ 833 BGB, 7 StVG hat sich der Gesetzgeber zur Zulässigkeit der Haltung von Tieren und Fahrzeugen bekannt. Der einzelne darf also Gefahrenquellen schaffen, die das Risiko einer Schädigung Dritter mit sich bringen, ohne daß eine Schädigung von dem Inhaber der Gefahrenquelle durch entsprechende Vorkehrungsmaßnahmen vollkommen verhindert werden kann. Zwar liegt die Zulassung der Errichtung dieser Gefahrenquellen im Allgemeininteresse¹⁾, unmittelbares Interesse aber hat nur der jeweilige Halter. Demzufolge ist auch er allein verantwortlich. Er allein übt die tatsächliche Gewalt über die Sache aus und nutzt sie. Er schafft in seinem Interesse einen latent gefährlichen Zustand und nötigt ihn der Allgemeinheit auf, ohne daß diese sich ihm entziehen oder sein Entstehen verhindern kann²⁾.

c) Vergleichbare Interessenlagen

aa) Verkehrssicherungspflicht

Eine den Gefährdungshaftungstatbeständen vergleichbare Interessenlage bietet sich mit der Verkehrssicherungspflicht an. Wer im Verkehr eine Gefahrenquelle schafft oder unterhält, ist danach verpflichtet, die zur Abwendung der Gefahren erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zu treffen³⁾. Mit dem Abstellen auf die persönliche Zumutbarkeit hat die Rechtsprechung der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht zwar nach außen hin deliktsrechtlichen

1) Esser, Schuldrecht, § 59, 2.

2) Esser, aaO., § 212, 1.

3) Vgl. BGHZ 9/373 ff.; 14/83 ff.(85); 17/214 ff (219); 21/48 ff.(50); 24/124 (126); RGZ 54/53 ff. (55/56); 58/334; 147/278; vgl. auch Larenz, II, § 66 I f; Siebert-Schröder, § 823, Rdnr. 70 mit weit. Nachweisen.

Charakter beigemessen. Eine gewisse Selbständigkeit der den Träger einer Gefahrenquelle treffenden Verantwortungspflichten gegenüber dem Deliktsgedanken läßt sich aber dennoch nicht übersehen; denn häufig ist es dem Inhaber der Gefahrenquelle praktisch gar nicht möglich, durch Vorkehrungsmaßnahmen eine Schädigung Dritter zu verhindern. Welche Risiken eine Gefahrenquelle mit sich bringt, läßt sich regelmäßig im vollen Umfange erst aus einer ex post Beurteilung feststellen, von der ex ante Betrachtung her sind die Risiken nur selten konkret vorhersehbar¹⁾. Infolgedessen schließt auch eine ständige Kontrolle der Gefahrenquelle nicht aus, daß Schädigungen Dritter eintreten, die rückblickend als Verletzung der Verkehrssicherungspflicht aufgefaßt werden können. So wurde beispielsweise in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs²⁾ die für die Instandhaltung und Verwaltung einer Straße zuständige Körperschaft als schadensersatzpflichtig dafür angesehen, daß Dritte durch Umstürzen eines am Straßenrand stehenden Kreuzes verletzt wurden. Ob man hier wirklich noch von einem verwerfbar schuldhaften Verhalten sprechen kann, erscheint zweifelhaft. Man gewinnt vielmehr den Eindruck, daß der Deliktsgedanke "nur vorgeschoben wird, um eine angemessene Schadensverteilung auch da zu erreichen, wo keinem der Beteiligten ein Vorwurf zu machen ist³⁾". Im übrigen würde auch eine vollständige Einhaltung der von dem Inhaber einer Gefahrenquelle verlangten Aufsichts- und Sorgfaltspflichten über das praktisch Tunliche und Zumutbare hinausgehen⁴⁾. Der hierzu erforderliche Aufwand stände in keinem Verhältnis zu dem erzielten praktischen Nutzen. Nähme beispielsweise der Träger der Straßenbaulast die ihm auferlegte Verkehrssicherungs-

1) Vgl. Esser, Grundlagen der Gefährdungshaftung, S. 32.

2) BGHZ 37/165 ff.

3) Esser, aaO., S. 43 f.

4) Vgl. Esser, aaO., S. 37.

pflicht wirklich ernst, so müßte er ein Heer von Arbeitern ausschließlich mit der Suche nach möglichen Gefahrenquellen beschäftigen.

Die Haftung aus der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht kommt also in zahlreichen Fällen einer Gefährdungshaftung gleich. Von dieser Erkenntnis her ist die rechtssystematische Darlegung des Bundesgerichtshofs¹⁾ zur Verkehrssicherungspflicht interessant. Danach hat die Verkehrssicherungspflicht ihre Grundlage nicht in der Eröffnung der Gefahrenquelle, d.h. in der Begründung des Eigentums oder eines sonstigen Rechtsverhältnisses an der Sache. Maßgebend ist vielmehr "der davon rechtlich unabhängige Tatbestand, daß nach der konkreten Lage der Verhältnisse von der Sache eine besondere Gefahr für Dritte ausgeht".

Die Übertragung dieses Gedankens auf die Gefährdungshaftung führt zu dem Ergebnis: Quelle und Anknüpfungspunkt der Gefährdungshaftung ist nicht die Begründung der Haltereigenschaft, also das zur Halterstellung führende Rechtsverhältnis, sondern der davon rechtlich unabhängige Tatbestand, daß von Tieren, Fahrzeugen und Eisenbahnen besondere, nicht beherrschbare Gefahren ausgehen.

bb) § 1004 BGB

Eine den Tatbeständen der Gefährdungshaftung vergleichbare Regelung trifft auch § 1004 BGB. Einmal hat der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung des Eigentums "zumindest ein Stück weit dieselbe wiederherstellende Wirkung wie der Schadensersatzanspruch²⁾". Zum anderen ist die Bewirkung der Beeinträchtigung durch eine schuldhaftes Handlung ebensowenig Voraussetzung des Beseitigungsanspruchs wie der Gefährdungs-

1) BGHZ 9/373 ff. (387) = NJW 1953, S.1297; vgl. dazu Janicki in NJW 1967, S. 2038.

2) Baur in AcP Band 160, S.466; vgl. auch Larenz, Schuldrecht II, § 70 II.

haftung. Auch bei § 1004 BGB ist streitig, ob Anknüpfungspunkt des Beseitigungsanspruchs nur ein vom Willen getragenes Verhalten sein kann oder auch der tatsächliche, die Beeinträchtigung des Eigentums bewirkende Zustand einer Sache für die Begründung des Anspruchs aus § 1004 BGB¹⁾ ausreichend sein kann. Immerhin wird aber in den Motiven²⁾ betont, daß für die Haftung nach § 1004 BGB nicht eine der Vergangenheit angehörende Handlung maßgebend sei, sondern der derzeitige Zustand der Anlage. Auf die §§ 833 S.1 BGB, 7 StVG, 1 HaftpflG übertragen, heißt das: Nicht eine der Vergangenheit angehörende Handlung, also die Begründung der Halterstellung, die Eröffnung der Gefahrenquelle, ist maßgebend für die Gefährdungshaftung, sondern der in der Haltung der Gefahrenquelle liegende latent gefährliche Zustand.

cc) §§ 908, 836 Abs.1 BGB

Daß Anknüpfungspunkt der Gefährdungshaftung nicht die Eröffnung der Gefahrenquelle ist, läßt sich schließlich auch mittels Vergleich zu den §§ 908, 836 Abs.1 BGB belegen. Ebenso wie den Tatbeständen der Gefährdungshaftung liegt diesen Vorschriften der Gedanke

-
- 1) Auf ein willentliches Verhalten stellen ab: v. Tuhr I, § 15 III, S.250 ff.; Schmidt, Sachenrecht, § 28 I; derselbe, Beseitigungsanspruch, S.9 ff., 16,17; Westermann, Sachenrecht, § 36 II 1; Staudinger-Ring, § 1027, Rdnr. 2b; Staudinger-Berg, § 1004, Rdnr.24; Erman-Hefermehl, § 1004, Anm.4; BGHZ 14/14; 17/291; 19/126 ff.(130); 28/110 (112); RGZ 127/29 ff.(34); 134/231 ff.(234); 149/205 ff.(210); 155/316 ff.(319); 159/129 ff. (136); a.A. Baur, AcP Bd.160, S.472 ff.(474); derselbe, Sachenrecht, § 12 III 2; Offtermatt, Beseitigungsanspruch, S.49 ff.(60); Kübler in AcP Band 159, S.236 ff.(278); Pleyer, AcP Bd.156, S.291 ff.(296, 301,303,307). Nach Kübler und Pleyer ist Anknüpfungspunkt für die Haftung das Eigentum; aus der umfassenden Dispositions- und Beherrschungsbefugnis ergebe sich konträr eine umfassende Verantwortung. (Pleyer, aaO., S.303).
- 2) Motive III, S. 424.

des Rechtsschutzes des Gefährdeten und Beeinträchtigten gegenüber dem Halter einer Anlage zugrunde¹⁾.

Gemäß den §§ 908, 836 Abs.1 BGB ist der Eigenbesitzer (§ 836 Abs.3 BGB) und der Unterhaltspflichtige (§ 838 BGB) eines Gebäudes oder Werkes, von dem die Gefahr einer Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks droht, zur Beseitigung der Gefahrenlage verpflichtet. Soweit durch den Einsturz und die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder Werkes bereits Personen oder Sachen verletzt oder beschädigt worden sind, besteht die Pflicht zum Schadensersatz. Für die Frage der Verantwortlichkeit von Besitzer und Unterhaltspflichtigem ist es dabei gleichgültig, ob sie den gefahrbringenden Zustand durch Eröffnung der Gefahrenquelle selbst herbeigeführt haben. Anknüpfungspunkt der Haftung ist allein der gefährliche Zustand der Sache. Für die Gefährdungshaftung kann demnach nichts anderes gelten²⁾.

d) Ergebnis zu 3

Der Anknüpfungspunkt der Gefährdungshaftung kann nicht mit Canaris und Hofmann in der "auf der Initiative und privatwirtschaftlichen Verantwortung des Unternehmers" beruhenden Eröffnung der Gefahrenquelle, d.h. in einem Willensmoment gesehen werden. Anknüpfungspunkt der Haftung ist vielmehr, daß von einer Sache nach der konkreten Lage der Verhältnisse eine besondere Gefahr für Dritte ausgeht, also der durch

1) Die Ähnlichkeit zu den Gefährdungshaftungstatbeständen ergibt sich schon aus der gesetzlichen Anordnung der §§ 833, 834 und 836 BGB.

2) Über die §§ 908, 836 Abs.1 BGB wird auch bewiesen, daß der Beseitigungsanspruch gem. § 1004 BGB nicht an ein willentliches Verhalten anknüpft. Denn wenn der Inhaber einer Anlage bereits dann als Störer anzusehen ist, wenn von ihr Gefahren drohen, so muß er es erst recht sein, wenn die Beeinträchtigung bereits eingetreten ist. Ob er sie veranlaßt hat oder die Gefahrenquelle selbst eröffnet hat, ist unerheblich.

die Gefahrenquelle geschaffene Zustand¹⁾, den die Allgemeinheit dulden muß, gegen dessen latente Gefährlichkeit sie sich nicht wehren kann. Nur von diesem Ergebnis her ist auch verständlich und richtig, wenn in Rechtsprechung und Literatur die Haftung Unmündiger gem. den §§ 833 S.1 BGB, 7 Abs.1 StVG bejaht wird, wenn und soweit diese Halter sind.

4. Begründung der Halterstellung durch privatwirtschaftliche Betätigung

Mit der Feststellung des Anknüpfungspunktes der Gefährdungshaftung ist nun aber noch nicht die Frage beantwortet, ob der Minderjährige und Geschäftsunfähige Halter w e r d e n kann.

An den gesetzlich normierten Fällen der Gefährdungshaftung fällt auf, daß nicht der Besitzer oder Eigentümer der Sache, sondern der Halter als Verantwortlicher angesehen wird. Welche Vorstellungen der Gesetzgeber mit dem Halterbegriff verbindet, hat er nicht unmittelbar zu erkennen gegeben. Immerhin ist aber der Differenzierung zwischen Halter, Eigentümer und Besitzer zu entnehmen, daß Eigentum und Besitz weder erforderlich noch ausreichend für die Begründung der Haltereigenschaft sind.

Wie sich aus den §§ 1 HaftpflG, 7 Abs.1 StVG ergibt, wird eine Gefährdungshaftung dann angenommen, wenn "bei dem Betrieb" eines Fahrzeuges oder der Eisenbahn Personen oder Sachen zu Schaden kommen. Es muß also ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen wirtschaftlicher Nutzung und Schadenseintritt bestehen. Dies ergibt sich auch aus § 8a StVG. Danach haftet der Halter eines Fahrzeugs nur dann gem. § 7 StVG, wenn die Beförderung der getöteten oder verletzten Personen

1) Vgl. auch § 18 Abs.1 OBG NRW "Maßnahmen, die durch das Verhalten oder den Zustand eines Tieres oder einer anderen Sache erforderlich werden, sind gegen den Eigentümer zu richten."

(Insassen) geschäftsmäßig erfolgte. Das wirtschaftliche Eigeninteresse des Halters entscheidet also darüber, ob er rechtlich wie ein Halter zu behandeln ist oder nicht¹⁾. So wird denn auch in Rechtsprechung²⁾ und Literatur³⁾ als Tierhalter angesehen, wer "das Tier in seinem Hausstand oder wirtschaftlichen Betrieb verwendet, und zwar nicht nur vorübergehend." Wesentlich sei "das eigene Interesse an der Verwendung des Tieres, unwesentlich dagegen Eigentum oder Besitz⁴⁾". Halter wird, wer die Sache gleichsam wie ein Mieter oder Pächter nutzt. Mit der Nutzung schafft er gegenüber der Allgemeinheit den Vertrauenstatbestand, daß er für die von der Sache ausgehenden Gefahren einsteht. Wenn die wirtschaftliche Nutzung der Sache für den Erwerb der Haltereigenschaft maßgebend ist, so rechtfertigt sich dies aus dem allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken, daß nur derjenige, der Sonderrechte genießt, auch die daraus sich ergebenden Nachteile zu tragen hat⁵⁾.

Der Erwerb der Haltereigenschaft erfordert also

-
- 1) Vgl. Esser, Schuldrecht, § 203, 4 e "... Im übrigen ist das Schwergewicht auf die wirtschaftliche Nutzung oder sonst interessenmäßige Zurechnung zu legen". Vgl. weiter die der Gefährdungshaftung vergleichbare Regelung der §§ 908, 836 Abs.1 BGB. Auch hier trifft die Haftung nicht generell den Eigentümer bzw. Eigenbesitzer des Gebäudes oder Werkes, sondern gem. § 838 BGB auch den Unterhaltspflichtigen und gem. § 837 BGB ausschließlich den Nutzungsberechtigten.
 - 2) RGZ 168/331 ff.(332); 62/79.
 - 3) Larenz, Schuldrecht II, § 71 II; Siebert-Schröder, § 833, Rdnr. 16, 17; Erman-Drees, § 833, Anm.5a.
 - 4) Man kann den Erwerb der Halterstellung mit der Stellung eines Mieters, Pächters oder Nießbrauchers vergleichen. So sieht denn auch das RG (RGZ 55/165) vgl. auch Larenz aaO) den Mieter eines Tieres als Halter an, wenn er es über einen längeren Zeitraum hinaus benutzt.
 - 5) Vgl. Esser, Grundlagen, S.97 ff. (100-104); Hofmann in NJW 1964, S. 230; Canaris in NJW 1964, S.1990; Protokolle II, S. 647.

die Fähigkeit zu privatwirtschaftlich verantwortlichem Handeln¹⁾.

Diese Fähigkeit aber fehlt dem Geschäftsunfähigen. Gemäß den §§ 104 ff. BGB hat er keinen eigenverantwortlichen Willen. Er kann nicht selbst am Geschäftsverkehr teilnehmen, infolgedessen auch nicht durch eigenes Handeln Halter werden.

Dasselbe muß für den Minderjährigen gelten, es sei denn, er erlangt durch den Erwerb der Haltereigenschaft lediglich einen rechtlichen Vorteil (§ 107 BGB).

Es wird überwiegend angenommen²⁾, daß der Minderjährige ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters Eigentümer einer Sache oder eines Grundstücks werden kann. Der Eigentumserwerb sei lediglich rechtlich vorteilhaft. Nun bringt aber der Eigentumserwerb eines Grundstücks auch Lasten mit sich. Der Eigentümer ist steuerpflichtig, beseitigungspflichtig (§ 1004 BGB) und verkehrssicherungspflichtig. Trotzdem wird der Eigentumserwerb als lediglich rechtlich vorteilhaft bezeichnet, da es sich bei diesen Pflichten um keine rechtsgeschäftlichen, sondern gesetzliche Folgen des Eigentumserwerbs handle. Man könnte daher auch den Erwerb der Haltereigenschaft als lediglich rechtlich vorteilhaft ansehen, da, wie oben dargelegt, auch die Gefährdungshaftung nicht Folge eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Handelns ist. Vielmehr knüpft sie an den durch die Begründung der Halterstellung geschaffenen Zustand an.

Der Erwerb einer Sache als Halter weist aber gegenüber dem Eigentumserwerb folgende Besonderheiten auf: Der Halter einer Sache übernimmt eine Gefahrenquelle, deren besondere Natur es mit sich bringt, daß die von ihr ausgehenden Gefahren nur schwer, teilweise

1) Vgl. Canaris, NJW 1964, S.1990, Fußnote 30 mit weit. Nachweisen; Esser, Schuldrecht, § 59,2 und § 212,1.

2) Vgl. statt aller Staudinger-Coing, § 107, Rdnr. 7.

überhaupt nicht beherrschbar sind. Er verpflichtet sich gleichzeitig mit der Begründung der Halterstellung zur Schadensersatzleistung, unabhängig davon, ob ihn ein Schuldvorwurf trifft oder nicht. Er wird trotz rechtmäßigen Handelns demjenigen gleichgestellt, der durch deliktsrechtliches Handeln einen Schaden herbeigeführt hat. Dagegen entsteht durch den Eigentumserwerb einer Sache noch nicht gleichzeitig eine latente Schadensersatzpflicht. Vielmehr erfordert die Haftung gemäß den § 823 ff. BGB zusätzlich noch ein verbotswidriges Verhalten. Der Minderjährige haftet nur bei entsprechender Einsichtsfähigkeit (§ 828 Abs.2 BGB). Der Erwerb der Haltereigenschaft kann also aufgrund der mit ihm verbundenen Verpflichtung zum Schadensersatz nicht, wie der Eigentumserwerb, als lediglich rechtlich vorteilhaft angesprochen werden.

Demzufolge ist mit der h.M.¹⁾ anzunehmen, daß auch der Minderjährige ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht Halter werden kann²⁾. Er allein kann gegenüber der Allgemeinheit nicht den Vertrauenstatbestand setzen, der es rechtfertigt, ihn für ein rechtmäßiges Verhalten haften zu lassen.

5. Ergebnis zu II

Weder der Geschäftsunfähige noch der Minderjährige können somit ohne Zustimmung des gesetzlichen Ver-

1) Vgl. Fußnote 2 auf S. 13 der Arbeit.

2) Dies Ergebnis steht auch nicht in Widerspruch zu der Entscheidung des BGH in DAR 1954, S.298, wo eine Haftung des Minderjährigen gem. § 7 Abs.3 StVG bejaht wurde, er also haftungsmäßig wie ein Halter behandelt wurde, obgleich keine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorlag. § 7 Abs.3 StVG ist von seinem Strafcharakter her zu verstehen. Die Haftung "anstelle des Halters" setzt die unbefugte Benutzung des Fahrzeugs voraus. Sie erfordert also einen Normenverstoß. Den aber kann auch der Minderjährige mit der Folge der Schadensersatzpflicht vornehmen, wenn er genügend einsichtsfähig ist. (§ 828 Abs.2 BGB).

treters Halter w e r d e n .

Diese Lösung führt auch nicht zu unsachgerechten Ergebnissen. Da nach einhelliger Ansicht in der Literatur¹⁾ die Begründung der Halterstellung die wirtschaftliche Nutzung der Sache über eine gewisse Dauer hinweg voraussetzt, wird regelmäßig der gesetzliche Vertreter von der Haftung Kenntnis erlangen. Diese Kenntnis ist als Einwilligung oder Genehmigung zum Erwerb der Haltereigenschaft anzusehen²⁾, es sei denn, der gesetzliche Vertreter hat einen entgegenstehenden Willen geäußert. Im übrigen sind die §§ 110, 112, 113 BGB analog anwendbar. Regelmäßig wird der Minderjährige also rechtswirksam Halter geworden sein und dementsprechend gem. den §§ 833 S.1 BGB, 7 StVG haften.

§ 18. Einbringen (§§ 559, 704 BGB)

Die in den §§ 559, 704 BGB vorgesehene Rechtsfolge ist die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters und Gastwirts an den eingebrachten Sachen des Mieters und Gastes. Ob auch an den eingebrachten Sachen Unmündiger ein Pfandrecht entstehen kann, richtet sich danach, ob Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge ein Tatbestand oder maßgeblich ein Willensmoment ist. Im letzteren Fall wären die §§ 104 ff. BGB entsprechend anwendbar³⁾. Die Maßgeblichkeit des Willensmomentes wird teilweise⁴⁾ mit der Begründung bejaht, daß ein Einbringen schon begrifflich ein willentliches Verhalten voraussetze. Mit dieser Feststellung ist jedoch noch nichts über den Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge gesagt. Jede Rechtsnorm, zu deren Tatbestandsmerkmalen eine Handlung gehört, nimmt gleich-

1) Vgl. oben S. 133 d.A.

2) Vgl. Canaris, NJW 1964, S. 1991; Larenz, Schuldrecht II, § 71 II, S. 488 Fußn. 1.

3) Vgl. oben S. 39 ff. d.A.

4) So Staudinger-Kiefersauer, § 559 Rdnr. 17; Erman-Schopp, § 559 Anm.3; Mittelstein, Mieta, § 90, 2, S. 535.

zeitig Bezug auf ein willentliches Verhalten. Daraus läßt sich aber noch nicht die entsprechende Anwendung der §§ 104 ff. BGB herleiten. Denn handlungsfähig und insoweit willensfähig ist auch der Unmündige¹⁾.

Eine Lösung des Problems kann nur mittels Rückgriffs auf die gesetzgeberischen Wertungen erlangt werden.

Sinn und Zweck des gesetzlichen Pfandrechts ist, den Vermieter und Gastwirt wegen der Forderungen aus dem Vertrag zu sichern²⁾. Es soll einen Ausgleich dafür schaffen, daß - anders als bei sonstigen Austauschverträgen gemäß § 320 BGB - Leistung und Gegenleistung nicht Zug um Zug ausgetauscht werden³⁾. Vermieter und Gastwirt, die ihre Leistung nach dem Gesetz nicht bis zur Zahlung des Mietzinses oder des Beherbergungsentgeltes zurückbehalten können, sollen durch das Pfandrecht die Sicherheit bekommen, daß ihre Gegenansprüche erfüllt werden. Daraus folgt zunächst, daß die Entstehung der Pfandrechte von Vermieter und Gastwirt nicht davon abhängen kann, ob der Mieter oder Gast die Begründung des Pfandrechts oder die vom Gesetz für sie vorgesehenen Voraussetzungen will. Das Bedürfnis, Vermieter und Gastwirt in Form der gesetzlichen Pfandrechte ein Äquivalent für ihre Vorleistungspflicht zu verschaffen, besteht gleichgültig, ob der Mieter oder Gast seinen Willen in bestimmter Weise äußert. Folglich kann auch die durch dieses Bedürfnis motivierte Rechtsfolgeanordnung, d.h. die Entstehung des Pfandrechts, nicht maßgeblich an den Willen anknüpfen.

Die Forderung des BGB, die dem Vermieter- oder Gastwirtpfandrecht unterliegenden Sachen müßten "eingebracht" sein, hat demnach einen andern Grund: Als

1) Vgl. oben S. 25, 41 d.A.

2) Vgl. Motive II, S. 402, 404.

3) Vgl. Esser, Schuldrecht, § 121, 1.

4) Vgl. § 551 I, 2 BGB.

dingliche Belastungen müssen die Pfandrechte für den Rechtsverkehr erkennbar sein, d.h. sie müssen in einer räumlichen Beziehung zur Sphäre des Vermieters oder Gastwirts stehen, die die Existenz eines Pfandrechtes für Vermieter oder Gastwirt nahelegt. Diesem Erfordernis ist nur genügt, wenn sich die entsprechenden Sachen innerhalb der Miet- oder Gasträume im Besitz des Mieters oder Gastes befinden¹⁾. Fehlt es daran, so sind die sachenrechtlichen Publizitätserfordernisse nicht erfüllt. Soweit der Vorgang des "Einbringens" ein Willensmoment verlangt, ist dieses also lediglich dasjenige, das überhaupt für die Begründung einer tatsächlichen Sachherrschaft des Mieters oder Gastes und damit mittelbar auch für die weitere - wenn auch stark gelockerte - Herrschaftsbeziehung von Vermieter und Gastwirt unerlässlich ist.

Im Ergebnis läßt sich daher feststellen: Nicht ein Willensakt des Mieters oder Gastes ist für die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts maßgebend. Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge ist vielmehr der durch den Vertrag und seine Abwicklung entstandene tatsächliche Zustand. Dies wird auch dadurch bestätigt, daß nach einhelliger Meinung²⁾ auch diejenigen Sachen des Mieters dem gesetzlichen Pfandrecht unterliegen, die erst in den Mieträumen hergestellt werden, und zwar unabhängig davon, ob die für die neu hergestellte Sache erforderlichen Rohstoffe in die Mieträume eingebracht oder aus dem Mietobjekt selbst gewonnen worden sind. Entscheidender Gesichtspunkt sei allein, "daß eine zum Vermögen des Mieters gehörende Sache in den durch das Mietverhältnis vermittelten Machtbereich

1) Vgl. RGZ 132,121: "Durch die Illation wird zum Berechtigten das räumliche Verhältnis hergestellt, in welchem das dem Besitz beim Faustpfand gleichstehende Moment der Erkennbarkeit enthalten ist."

2) Vgl. RGZ 132,116 ff.; Esser, Schuldrecht, § 121, 2 f.; Staudinger-Kiefersauer, § 559 Rdnr. 24.

des Vermieters tritt und daß damit jenes Sicherstellungsverhältnis in bezug auf die Sache zustandekommt, das die Rechtseinrichtung will".¹⁾

Da der Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge nicht in einem Willensmoment zu sehen ist, kann nach oben gemachten Darlegungen also auch an den eingebrachten Sachen Minderjähriger und Geschäftsunfähiger ein Pfandrecht entstehen, soweit ein wirksamer Vertrag zustandegekommen ist.

§ 19. Abhandenkommen (§ 935 BGB)

Gemäß § 935 I BGB ist der gutgläubige Eigentumserwerb einer beweglichen Sache ausgeschlossen, wenn diese dem Eigentümer oder Besitzer "abhanden gekommen" ist.

Vom Thema der Arbeit her gilt es zu untersuchen, ob die Fortgabe einer Sache durch den Unmündigen als "abhanden gekommen" zu werten ist und damit die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs ausschließt. Die Beantwortung der Frage richtet sich danach, ob und gegebenenfalls inwieweit nach dem Willen des Gesetzgebers die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit der Fortgabe sein soll.

I. Gesetzeswortlaut

Aus dem Wortlaut des § 935 BGB ergeben sich keine Anhaltspunkte. Zwar läßt sich der Tatsache, daß das Verlieren oder Stehlen einer Sache als Unterfall des Abhandenkommens angesprochen wird, entnehmen, daß ein Fehlen jeglicher willentlichen Mitwirkung bei dem Verlust der Sache einen gutgläubigen Erwerb ausschließt. Im übrigen ist der Ausdruck "abhanden gekommen" aber unbestimmt²⁾. Er trifft keine Aussage, ob die Fort-

1) RGZ 132,121; vgl. auch Roquette, Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 559 Rdnr. 30, 31.

2) Vgl. Heck, Sachenrecht, § 60, 5.

gabe des Gegenstandes zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit Geschäftsfähigkeit voraussetzt oder lediglich einen Handlungswillen, wie ihn auch der Geschäftsunfähige und Minderjährige haben können.

II. Motive

Aufschluß über die Vorstellungen des Gesetzgebers können jedoch die Motive geben. Dort¹⁾ heißt es: "Das Aufgeben der Innehabung durch einen Geschäftsunfähigen ist Verlust ohne Willen; diesem Falle ist jedoch das Aufgeben der Innehabung durch eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ... nicht gleichzusetzen, da hier der willentliche Verlust der Innehabung wegen der obwaltenden rechtsgeschäftlichen Mängel nicht als Verlust ohne Willen erscheint und eine Ausdehnung der Ausnahmenorm über das ihr zugrundeliegende Prinzip zu weitgehen würde". Nach den Motiven ist also die Fortgabe der Sache durch den Geschäftsunfähigen als Abhandenkommen zu werten. Der Minderjährige hingegen soll im Wege des gutgläubigen Erwerbs (§§ 932 ff. BGB) sein Eigentum verlieren können.

III. Verbindlichkeit der Motive

Es bleibt die Frage, ob diese Vorstellungen auch für § 935 BGB verbindlich sind. Denn die Motive nehmen Bezug auf § 879 des Entwurfs. Gemäß § 879 S.2 des Entwurfs sollen die Gutglaubensvorschriften keine Anwendung finden, "wenn die veräußerte Sache ... o h n e d e n W i l l e n des Eigentümers oder desjenigen, welcher sie für denselben innehatte, aus deren Innehabung gekommen ist". § 935 BGB enthält die Formulierung "ohne den Willen" nicht. Soll damit zum Ausdruck gebracht werden, daß dem Willensmoment nicht mehr die ursprünglich vorgesehene Bedeutung beizumessen ist,

1) Motive III, S. 348 f.

so ist die analoge Anwendbarkeit der §§ 104 ff. BGB neu zu überdenken.

1. Die Ansicht Hecks

Heck¹⁾ entnimmt der Fassung des § 935 BGB, daß die prinzipielle Voraussetzung für den Ausschluß des gutgläubigen Erwerbs nicht mehr "in dem Verlust der Innehabung ohne den Willen des Inhabers" zu finden sei. Die in den Motiven getroffene Unterscheidung zwischen Minderjährigen und Geschäftsunfähigen sei daher eine unbeachtliche Folgerung aus § 879 S.2 des Entwurfs. Es liege, was die Anwendbarkeit der Geschäftsnormen betreffe, eine Gesetzeslücke vor. Daher sei zu klären, ob die Werturteile, "welche bei Geschäftskonflikten, die von einem Mangel betroffen sind, den Erklärenden gegen die Folgen seiner Erklärung schützen, für den Eigentümer, der seine Sache weggibt, bei Fehlern des Übergabewillens" zutrafen. Was die analoge Anwendung der §§ 104 ff. BGB betrifft, so scheint Heck sie verneinen zu wollen.

2. Die Ansicht des Bundesgerichtshofs

In einer Stellungnahme zu Heck hat der Bundesgerichtshof²⁾ dagegen hervorgehoben, daß sich durch die Fassungsänderung des § 879 des Entwurfs zu § 935 BGB an der prinzipiellen Voraussetzung dieser Bestimmung nichts geändert habe. Sie sei nach wie vor "in dem Verlust der Innehabung ohne den Willen des Inhabers zu sehen". Ohne Berücksichtigung des Willensmomentes ließe sich der Ausschluß eines gutgläubigen Erwerbs gem. § 935 BGB nicht verständlich machen. Als Begründung führt der Bundesgerichtshof an, daß die Fassung des 2. Entwurfs die später Gesetz gewordene Formulierung schon enthalten, also bereits von "sonst abhanden

1) Heck, Sachenrecht, § 60, 5.

2) BGHZ 4/10 ff. (35 ff.).

gekommen" gesprochen habe. Die Denkschrift¹⁾ habe aber trotzdem ausdrücklich auf Art. 306 Abs.4 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs Bezug genommen, wonach der Ausschluß des gutgläubigen Erwerbs bei dem Verlust "ohne Willen" betont werde.

3. Stellungnahme

a) Interessenlage

Der Ansicht des Bundesgerichtshofs ist zuzustimmen. Die Berücksichtigung des Willensmomentes bietet das einzig brauchbare Abgrenzungskriterium für die Unterscheidung zwischen "abhandenkommen oder nicht abhandenkommen". §935 BGB soll gerade die Fälle erfassen, in denen dem Eigentümer einer Sache der Besitz gegen seinen Willen, etwa durch einen Dieb, entzogen wird. Das Interesse der Allgemeinheit an der Umlaufsfähigkeit der Fahrnis geht nur deshalb und insoweit dem Interesse des Eigentümers am Fortbestand des Eigentums vor, als dieser die Sache freiwillig, d.h. willentlich aus den Händen gegeben hat²⁾. Mit der h.M.³⁾ läßt sich daher der Begriff des Abhandenkommens auch als Verlust der Sache ohne Willen und Zutun des Inhabers definieren. Hiermit ist aber nicht mehr gesagt, als daß bei beweglichen Sachen, sieht man einmal von Geld und Inhaberpapieren ab (§ 935 Abs.2 BGB), ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen sein muß, wenn sie dem Inhaber gegen seinen Willen entzogen werden. Das uns hier interessierende Problem, ob mit den Motiven die Fortgabe einer Sache durch den Geschäftsunfähigen als "abhanden gekommen" zu werten ist, die §§ 104 ff. BGB anwendbar sind, ist noch nicht gelöst.

1) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 196.

2) Vgl. Motive III, S. 344.

3) Vgl. BGHZ 4/10 ff. (33); RGZ 101/225; Palandt-Hoche, § 935, Anm. 4.

Wir haben oben gesehen¹⁾, daß die §§ 104 ff. BGB dann entsprechend anwendbar sind, wenn die Rechtsfolge, hier der Eigentumsverlust im Wege des gutgläubigen Erwerbs, maßgebend an ein Willensmoment anknüpft.

Sieht man mit Westermann²⁾ und Canaris³⁾ in der Aufgabe der Innehabung einer beweglichen Sache die Veranlassung des Rechtsscheins der Eigentumsaufgabe und rechtfertigt daraus die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs, so ist eine entsprechende Anwendung der §§ 104 ff. BGB zu bejahen. Die Fortgabe der Sache durch den Unmündigen wäre stets als Abhandenkommen anzusehen⁴⁾. Denn da eine rechtswirksame Eigentumsaufgabe nur dem Geschäftsfähigen möglich ist, kann auch nur er zurechenbar den entsprechenden Rechtsschein setzen.

Gegen die Annahme, der Anknüpfungspunkt des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen sei in dem willentlich veranlaßten Rechtsschein der Eigentumsaufgabe zu sehen, sprechen jedoch folgende Überlegungen:

Neben dem gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen hat der Gesetzgeber auch den Erwerb von Grundstücken (§ 892 ff. BGB) und Geld und Inhaberpapieren (§ 935 Abs.2 BGB) geregelt. Für den gutgläubigen Erwerb eines Grundstücks gem. § 892 Abs.1 BGB ist es gleichgültig, ob der wahre Eigentümer die unrichtige Eintragung veranlaßt hat oder nicht. Der Inhalt des Grundbuchs, also ein äußerer Tatbestand, stellt die Vertrauensbasis dar. Es gilt das reine Rechtsscheinsprinzip⁵⁾. Das

1) Vgl. oben, S. 39 ff. der Arbeit.

2) Westermann in JuS 1963, S.7; Sachenrecht, § 49 I 3; 45 III 2.

3) in NJW 1964, S.1988.

4) Für eine generelle Anwendung der §§ 104 ff. BGB allerdings nur Canaris, aaO., S.1988, Fußnote 12. Nach ihm stellt auch die Fortgabe durch den Minderjährigen ein Abhandenkommen dar. Nach Westermann, Sachenrecht § 49 I 3 soll dagegen der Minderjährige den Rechtsschein der Eigentumsaufgabe wirksam veranlassen können. Lediglich der Geschäftsunfähige sei dazu nicht in der Lage.

5) Vgl. Westermann, JuS 1963, S. 6.

gleiche trifft für den gutgläubigen Erwerb von Geld und Inhaberpapieren (§ 935 Abs.2 BGB) zu. Auch dieser knüpft an einen äußeren Tatbestand an. Entscheidend ist, daß der sich als Berechtigter gerierende Veräußerer Inhaber der Sachen ist. Ob der wahre Eigentümer diesen Zustand veranlaßt hat, kann dahingestellt bleiben.

Es fragt sich, ob man nicht wenigstens bei beweglichen Sachen auf das Veranlassungsprinzip abstellen muß. Ebenso wie bei dem gutgläubigen Erwerb von Grundstücken, Geld und Inhaberpapieren, geht es aber auch bei dem Erwerb von beweglichen Sachen um die Regelung des Interessenkonflikts zwischen ursprünglichem Eigentümer und gutgläubigem Erwerber. Infolgedessen ist auch der positive Anknüpfungspunkt des gutgläubigen Erwerbs in allen Fällen der gleiche. Was im Grundstücksverkehr der Inhalt des Grundbuchs ist, ist bei den beweglichen Sachen die Innehabung und der Besitz des Veräußerers¹⁾. "Der Besitz ist die normale Erscheinungsform der Rechte auf Sachnutzung"²⁾. Er stellt die Vertrauensbasis dar, nicht ein veranlaßter Rechtsschein. Gemäß § 1006 BGB reicht der durch den Besitz als solchen geschaffene tatsächliche Zustand für die Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers aus. Wenn Westermann³⁾ meint, daß das Veranlassungsprinzip im Recht der beweglichen Sachen durch § 935 BGB eingeführt sei, so ist dem entgegenzuhalten, daß § 935 BGB eine Ausnahmeregelung darstellt⁴⁾. Von ihnen kann nicht auf ein allgemeines Prinzip geschlossen werden.

Anknüpfungspunkt des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen ist somit ein äußerer Vertrauenstatbestand, d.h. der auf dem Besitz der Sache beruhende

1) Vgl. Motive III, S.344; Heck, Sachenrecht, § 58 I 4.

2) Heck, aaO., § 4 3 ff.

3) Westermann in JuS 1963, S.7; Sachenrecht, § 45 III 2.

4) Vgl. Motive III, S. 348.

Rechtsschein der Eigentumsvermutung¹⁾. Die entsprechende Anwendung der §§ 104 ff. BGB im Rahmen des § 935 BGB kann also auch nicht damit begründet werden, daß in der Fortgabe der Sache die Veranlassung des Rechtsscheins der Eigentumsaufgabe zu sehen sei. Vom Veranlassungsprinzip her gesehen, wäre es auch inkonsequent, ein Abhandenkommen dann zu verneinen, wenn der Eigentümer durch Drohungen zur Aufgabe seines Besitzes veranlaßt wird. Denn hier eine zurechenbare Veranlassung des Rechtsscheins anzunehmen, widerspräche den gesetzgeberischen Wertungen (§ 123 BGB). Wenn die h.M.²⁾ dennoch in diesen Fällen den gutgläubigen Erwerb zuläßt, so kann dies nur aus dem hier gewonnenen Ergebnis gerechtfertigt werden, daß der Anknüpfungspunkt in einem tatsächlichen Zustand, in dem Besitz der Sache, gesehen werden muß, dem Willensmoment also nur untergeordnete Bedeutung zukommt.

b) Die Fortgabe der Sache als Besitzaufgabe

Die Fortgabe der Sache ist also reine Besitzaufgabe, und als solche scharf von der Eigentumsaufgabe zu trennen³⁾. Die Frage, ob die Fortgabe durch den Un-

1) So auch BGHZ 10/81 ff.; vgl. weiter RGZ 72/310 ff. (312).- Selbst wenn man mit Giehl, AcP Bd.161, S. 357 ff.(374), und Hübner, Rechtsverlust, S.89 ff. (80), darin übereinstimmt, daß nicht der Besitz schlechthin, sondern nur der durch typische Anscheinsmerkmale, wie längeres Innehaben, Gebrauch der Sache, Zugehörigkeit zum Geschäftskreis des Veräußerers u.ä., intensivierte Besitz als Vertrauensgrundlage in Betracht kommt, bleibt Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge ein äußerer Tatbestand. Nach Hübner, aaO., S.116/17 ist dann auch ein Abhandenkommen bei der Besitzaufgabe durch den Unmündigen nicht generell abzulehnen. Vielmehr sei "ausgehend von der konkreten Situation die natürliche Reife des Willens in Betracht zu ziehen".

2) BGHZ 4/10 ff.(11,38); Staudinger-Berg, § 935, Rdnr.5; a.A. - von seinem Standpunkt aus richtig Westermann, Sachenrecht, § 49 I 3.

3) Vgl. Westermann, Sachenrecht, § 13 II 2; BGHZ 4/41; Motive III, S. 371.

mündigen als Abhandenkommen anzusehen ist, richtet sich daher danach, ob der Minderjährige und Geschäftsunfähige rechtswirksam den Besitz aufgeben können. Dies hängt davon ab, ob und gegebenenfalls inwieweit dem Willensmoment bei der Besitzbegründung oder -aufgabe entscheidende Bedeutung zukommt.

Der h.M.¹⁾ kann gefolgt werden, wenn sie u.a. unter Hinweis auf den Wortlaut des § 867 BGB, wo zwischen "auf ein Grundstück gelangt" und "in Besitz genommen" unterschieden wird, die Ansicht vertritt, daß dem Besitzerwerb und der Besitzaufgabe grundsätzlich ein Willensakt zugrunde liege. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, inwieweit die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung Wirksamkeitsvoraussetzung für den Erwerb und die Aufgabe des Besitzes ist. Vielmehr könnte man dem Wortlaut der §§ 854, 856 BGB, wo die tatsächliche Gewalt über eine Sache als wesentliches Kennzeichen für den Besitzerwerb und Verlust angesprochen wird, entnehmen, daß das Willensmoment nur eine untergeordnete Rolle spielt²⁾. Aus dem Gesetzeswortlaut ergeben sich daher keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Problemlösung.

In den Motiven³⁾ finden wir dagegen einen ausdrücklichen Hinweis bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 104 ff. BGB auf Besitzerwerb und -verlust. "Das Aufgeben des Besitzes" sei "dem rechtsgeschäftlichen Aufgeben von Rechten gleichzusetzen". Der Unmündige sollte also den Besitz nicht rechtswirksam aufgeben können⁴⁾. Der Besitzerwerb hingegen sollte dem Minder-

1) Vgl. BGHZ 27/360 ff.; 4/10 ff.(37); RGZ 106/136; RG in JW 1925, S.784; Staudinger-Seufert, § 854, Rdnr. 4 und 6; Siebert-Rothe, § 854, Rdnr. 7.

2) Flume, Rechtsgeschäft, § 9, 2 a bb, bezeichnet Besitzerwerb und -verlust als Akte, bei denen das Willensmoment im Realakt aufgeht.

3) III, S. 103.

4) So auch Ernst, Diss., S. 7 und 10.

jährigen, nicht aber dem Geschäftsunfähigen möglich sein.

Wäre diese Ansicht verbindlich, so müßte man die §§ 104 ff. BGB auch im Rahmen des § 935 BGB berücksichtigen.

Die Motive knüpfen an die §§ 797, 800, 808, 809 des Entwurfs an. § 809 des Entwurfs lautete: "Auf das Aufgeben des Besitzes durch eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person finden die Vorschriften über das Aufgeben von Rechten durch ein von einer solchen Person vorgenommenes Rechtsgeschäft ... Anwendung". § 809 des Entwurfs erklärt sich aus den §§ 797, 808 des Entwurfs, in denen das Willensmoment als wesentliches Kriterium des Besitzerwerbs und -verlustes neben der Erlangung der tatsächlichen Gewalt genannt wurde. Gemäß § 797 des Entwurfs sollte Besitzer werden, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlange und den Willen habe, die Sache als die seinige zu besitzen. In § 808 des Entwurfs hieß es: "Der Besitz wird dadurch beendet, daß der Besitzer den Willen erklärt, die Sache nicht mehr als die seinige zu haben".

Nun wird aber in den §§ 854 (797 des Entwurfs) und 856 BGB (808 des Entwurfs) nur noch von der Erlangung bzw. Aufgabe der tatsächlichen Gewalt, nicht mehr von einem hierauf gerichteten Willen gesprochen. Welche Gründe den Gesetzgeber veranlaßten, von der Hervorhebung des Willens abzusehen, ergibt sich aus den Protokollen¹⁾. Dort heißt es: Die Aufstellung des Erwerbswillens "sei in den zahlreichen Fällen entbehrlich, in denen nach Lage der Sache die Herstellung der tatsächlichen Gewalt ohne einen darauf gerichteten Willen nicht möglich sei, und für die Fälle bedenklich, in denen ein Erwerbswille desjenigen, welcher den possessorischen Schutz erlangen müsse, nur mit Hilfe

1) Protokolle III, S. 28 ff. (30).

willkürlicher Annahmen und Fiktionen zu konstruieren sei, so z.B. in dem Falle, wenn die für jemand bestimmte Sache in dessen Abwesenheit in seiner Wohnung niedergelegt werde". Hieraus ergibt sich, daß die Entscheidung über Besitzerwerb und -verlust nicht mehr wie ursprünglich danach getroffen werden sollte, ob ein diesbezüglicher Wille vorlag. Als maßgebend wurde vielmehr die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, "die Herstellung eines gewissen äußeren Verhältnisses der Person zur Sache" ¹⁾ erachtet. Wann ein derartiges Herrschaftsverhältnis vorliege, bestimme sich nach der Verkehrsauffassung ²⁾. Damit, daß das tatsächliche Herrschaftsverhältnis als maßgebendes Moment des juristischen Besitzes angesehen wurde, war denknottwendig verbunden, daß nicht mehr ein rechtsgeschäftlicher Wille Voraussetzung für Erwerb und Aufgabe des Besitzes sein konnte ³⁾. Demzufolge sah man auch von der Übernahme der §§ 809, 808, 797 des Entwurfs in das BGB ab.

Als Ergebnis läßt sich also folgende, den §§ 854 ff. BGB zugrundeliegende gesetzgeberische Wertung festhalten: Für die Beantwortung der Frage, wer Besitzer einer Sache ist, ist entscheidend, wer nach der Verkehrsauffassung die tatsächliche Gewalt ausübt. Die objektive Herrschaftslage, nicht der nicht erkennbare subjektive Wille ist maßgebend dafür, wann eine Besitzbeendigung oder -begründung anzunehmen ist ⁴⁾. Man kann mit Heck ⁵⁾ sagen, daß Erwerb und Beendigung des Besitzes im Grunde nur andere Worte "für Vorhandensein oder nicht Vorhandensein des Tatbestandes im Vergleich zu einer früheren Lage" sind.

Der untergeordneten Bedeutung des Willensmomentes

1) Protokolle III, S. 28.

2) Vgl. Protokolle III, S. 29.

3) Vgl. auch Protokolle III, S. 31 und 34.

4) Vgl. Westermann, Sachenrecht, § 13 I 2.

5) Heck, Sachenrecht, § 10, 1.

entsprechend, können daher sowohl Geschäftsunfähige als auch Minderjährige Besitz begründen und auch aufgeben¹⁾).

c) Ergebnis zu III

Die in den Motiven zu § 879 des Entwurfs getroffene Unterscheidung zwischen Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen ist daher für § 935 BGB nicht verbindlich.

IV. Ergebnis zu § 19.

Gibt der Unmündige den Besitz auf, so ist die Sache nicht abhanden gekommen i.S. des § 935 BGB. Sie schließt den gutgläubigen Erwerb nicht aus²⁾).

Die vom Bundesgerichtshof³⁾ zu § 935 BGB angestellten Erörterungen sprechen nicht gegen dieses Ergebnis. Zwar hebt er hervor, daß ein Abhandenkommen Verlust der Innehabung einer Sache "ohne den Willen" des Inhabers sei. Jedoch hält er einen derartigen Willen auch dann für gegeben, "wenn der Besitz infolge einer auf Irrtum, Drohung oder arglistigen Täuschung beruhenden Willensentschließung aufgegeben wird". Er fordert also nicht einen rechtsgeschäftlich gültigen Willen, sondern stellt lediglich darauf ab, ob der Besitzer bei der Übergabe "mitgewirkt" hat⁴⁾). Mitwirkungsakte, d.h. willensmäßige Handlungen, können aber

1) Vgl. Flume, Rechtsgeschäft, § 13, 11 c; Erman-Westermann, § 854, Anm.10; RGRK, Kregel, § 854, Anm. 13; Palandt-Degenhart, § 854, Anm. 2.

2) Vgl. Westermann, Sachenrecht, § 13 II 2: "Vollzieht die Übergabe ein Verfügungsgeschäft, so ist das Willensmoment der Übergabe scharf von dem der Einigung zu trennen. So spielt besitzrechtlich die Geschäftsfähigkeit keine Rolle; die Vorschriften über Willenserklärungen gelten nicht (wichtig für die Frage des Abhandenkommens)". Vgl. auch Heck, Sachenrecht, § 12, 6.

3) BGHZ 4/10 ff. (36).

4) BGHZ aaO., S. 42 f.

auch Geschäftsunfähige und Minderjährige vornehmen.

Schließlich wird das Ergebnis auch dem Prinzip des Minderjährigenschutzes hinreichend gerecht. Denn wie oben dargelegt, beurteilt sich die Frage des Besitzes an einer Sache danach, ob nach der Verkehrsauffassung ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis angenommen werden kann. Nach der Verkehrsauffassung ist ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis an einer Sache nur dann zu bejahen, wenn die betreffende Person in der Lage ist, den Besitzstand zu sichern, insbesondere Dritte von dem Machtbereich auszuschließen¹⁾. Bei höherwertigen Gegenständen ist daher regelmäßig ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis des Geschäftsunfähigen zu verneinen und damit auch die Gefahr eines Eigentumsverlustes gem. den §§ 932 ff. BGB nicht gegeben. Lediglich bei geringwertigen Gegenständen, wie z.B. Murmeln, ist ein wirksamer Besitzerwerb und -verlust denkbar²⁾. Bei gänzlich Willensunfähigen - im psychologisch-medizinischen Sinne - ist er schlechthin ausgeschlossen³⁾. Was den Minderjährigen anbetrifft, so ist dem Prinzip des Minderjährigenschutzes durch die Beurteilung des wirksamen Besitzverlustes nach der Verkehrsauffassung mindestens genau so viel Genüge getan, als wenn man mit der h.M. in der Literatur generell bei der Fortgabe der Sache durch den Minderjährigen den gutgläubigen Erwerb zuläßt.

1) Vgl. Protokolle III, S. 29; Erman-Westermann, § 854, Anm. 2.

2) In der Regel wird der Geschäftsunfähige auch nur Besitzdiener seiner Eltern sein, vgl. Erman-Westermann, § 855, Anm. 7; Siebert, Rothe, § 855, Rdnr. 6. Gibt aber der Besitzdiener eine Sache fort, so ist diese als dem Eigentümer abhandengekommen anzusehen, es sei denn, dieser war einverstanden. Vgl. Siebert-Oechßler, § 935, Rdnr. 2; Staudinger-Berg, § 935, Rdnr. 9.

3) Vgl. Flume, Rechtsgeschäft, § 13, 11 c; Ernst, Diss., S. 7; Staudinger-Seufert, § 854, Rdnr. 7.

§ 20. Eigentumserwerb durch Eigenbesitzbegründung gem. den §§ 872, 900, 937, 958 BGB

Gemäß den §§ 900, 937, 958 BGB erwirbt derjenige, der ein Grundstück 30 Jahre, eine bewegliche Sache 10 Jahre oder eine herrenlose Sache in Eigenbesitz (§ 872 BGB) hat, das Eigentum an der Sache. Streitig ist, ob auch der Minderjährige und Geschäftsunfähige gem. den §§ 900, 937, 958 BGB Eigentümer eines Grundstücks oder einer beweglichen Sache werden können.

I. Eigenbesitzbegründung durch den beschränkt Geschäftsfähigen

Hinsichtlich des beschränkt Geschäftsfähigen läßt sich die Frage ohne weiteres bejahen. Denn selbst wenn der Eigentumserwerb gem. den §§ 900, 937, 958 BGB die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung voraussetzen würde, die §§ 104 ff. BGB also entsprechend anwendbar wären, so ist er doch lediglich rechtlich vorteilhaft¹⁾.

II. Eigenbesitzbegründung durch den Geschäftsunfähigen

Die Anwendung der §§ 900, 937, 958 BGB auf den Geschäftsunfähigen richtet sich danach, ob der Eigentumserwerb maßgeblich an ein Willensmoment oder an den Besitztatbestand anknüpft. Ist letzteres der Fall, so kann auch der Geschäftsunfähige im Wege der Eigenbesitzbegründung Eigentümer werden. Denn, wie bereits im Rahmen der zu § 935 BGB angestellten Untersuchung dargelegt, kann der Geschäftsunfähige Besitzer einer Sache, sei es Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer sein, soweit sich nach der Verkehrsauffassung ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis an der Sache bejahen läßt.

1. Gesetzeswortlaut

Der Gesetzeswortlaut bietet keine verbindlichen

1) Vgl. Staudinger-Berg, § 958, Rdnr. 15.

Anhaltspunkte für die Problemlösung. Denn einerseits könnte man aus der Tatsache, daß gem. §§ 900, 937 BGB erst nach 30 oder 10jährigem Besitz der Sache der Eigentumserwerb möglich ist, auf die Maßgeblichkeit des Besitztatbestandes für den Eintritt der Rechtsfolge schließen. Andererseits ließe sich aus der Verbindung zwischen Eigenbesitz und Eigentumserwerb folgern, daß dem Eigentumserwerbswillen entscheidende Bedeutung beizumessen ist. Von letzterer Überlegung her ist auch wohl die in der Literatur¹⁾ teilweise vertretene Ansicht zu verstehen, daß der Eigentumserwerb gem. § 958 BGB ein Rechtsgeschäft darstelle und daher dem Geschäftsunfähigen nicht möglich sei.

Auch die Motive, Protokolle und Entwürfe geben keine Auskunft darüber, inwieweit die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung im Rahmen der §§ 900, 937, 958 BGB erforderlich ist.

2. Interessenlage

Welche Vorstellungen und Wertungen des Gesetzgebers Anlaß für die Errichtung der §§ 900, 937, 958 BGB waren, läßt sich nur durch einen Rückgriff auf die den Vorschriften zugrundeliegenden Interessenlagen verbindlich klären.

a) § 900 BGB

§ 900 BGB liegen folgende Erwägungen zugrunde:

Der Nichtberechtigte, der 30 Jahre wie ein Eigentümer die tatsächliche Sachherrschaft über ein Grundstück ausgeübt hat, könnte nach Ablauf dieses Zeitraums das Herrschaftsverhältnis trotz Gegeninterventionen des Eigentümers auch dann ungestört ausüben, wenn ihm nicht gem. § 900 BGB das Eigentum zuge-

1) Vgl. Staudinger-Berg, § 958, Rdnr. 3, 15; Süß, AcP Band 151, S. 17; Fußnote 21; Manigk, ArchbürgR Bd. 25, S. 324 ff.; RGRK, Johannsen, § 958, Anm. 2; Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 3.

sprochen würde. Denn gemäß § 195 BGB sind nach Ablauf von 30 Jahren sämtliche Eigentums- und Berechtigungsansprüche verjährt und damit nicht mehr durchsetzbar. Würde § 900 BGB nicht bestehen, so wäre also der Eigenbesitzer des Grundstücks rechtlich zwar nicht Eigentümer, wohl aber wirtschaftlich gesehen. Das Eigentumsrecht des anderen wäre völlig entwertet. Um diese "Rechtskrüppel" zu beseitigen, wurde § 900 erlassen¹⁾. § 900 entsprang also der Überlegung, eine durch 30jährigen Besitz geschaffene "Eigentumsposition" in den Zustand der Legalität zu heben. Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge "Eigentumserwerb" ist daher der 30jährige Besitzstand und nicht ein Eigentumserwerbswille. Dies wird dadurch bestätigt, daß nach einhelliger Ansicht²⁾ auch derjenige, der von dem Eigentumsrecht des anderen weiß, d.h. der bösgläubige Eigenbesitzer, gem. § 900 BGB Eigentümer wird. Würde man nämlich einem derartigen Eigentumserwerbswillen maßgebliche Bedeutung beimessen, so käme dies einer Belohnung des Bösgläubigen gleich, was aber, wie sich aus den §§ 932 ff. BGB ergibt, gerade in Widerspruch zu dem Willen des Gesetzgebers stände. Ausschlaggebend für den Eigentumserwerb gem. §§ 900, 872 BGB ist also der durch den langjährigen Besitz geschaffene Zustand.

b) § 937 BGB

Da die Ersitzung nach § 937 BGB nur durch den gutgläubigen Eigenbesitzer möglich ist (§ 937 Abs. 2 BGB), der Eigentumserwerb auch bereits nach 10 Jahren eintritt, die Eigentums- und Berechtigungsansprüche

-
- 1) Heck, Sachenrecht, § 32, 5; § 45, 6; vgl. auch Protokolle III, S. 190 ff. (193).
2) Vgl. Staudinger-Seufert, § 900, Rdnr. 2; Heck, Sachenrecht, § 45, 3; Erman-Westermann, § 900, Anm. 3; Siebert-Baur, § 900, Rdnr. 1; KG in JW 1938, S. 3046; a.A. allerdings Manigk, ArchbürgR Bd. 25, S. 325.

also noch nicht verjährt sind, könnte man meinen, daß hier im Gegensatz zu § 900 BGB der Eigentumserwerbswille vorrangige Bedeutung hat. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Dadurch, daß sich der Besitzer einer beweglichen Sache 10 Jahre lang als Eigentümer betrachten kann, ohne daß der Eigentümer ihn daran hindert, kommt das Besitzrecht in seiner praktischen Auswirkung dem Eigentumsrecht gleich. Faktisches und rechtliches Eigentum fallen also auseinander. Dieser Zwiespalt ist mit dem Interesse der Rechtsordnung an Rechtssicherheit und Beruhigung der Rechtslage sowie dem Kontinuitätsinteresse des Besitzenden¹⁾ unvereinbar. Der Schutz dieser durch den langjährigen Eigenbesitz einer beweglichen Sache hervorgerufenen Interessen ist denn auch als Motiv für die Errichtung des § 937 BGB anzusehen.

Als Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge "Eigentumserwerb" muß daher auch bei § 937 BGB der durch langjährigen Besitz geschaffene Zustand angesehen werden. Dem Eigentumserwerbswillen kommt nur untergeordnete Bedeutung zu. Denn anders wäre das Erfordernis des 10jährigen Eigenbesitzes einer beweglichen Sache - ein Zeitraum, der in seiner praktischen Bedeutung dem des 30jährigen Grundstücksbesitzes gleichkommt - nicht zu verstehen.

c) § 958 BGB

Als letztes bleibt zu klären, inwieweit der Eigentumserwerbswille für die Wirksamkeit der Aneignung gem. § 958 BGB von Bedeutung ist.

Gemäß § 958 Abs.2 BGB erwirbt der Besitzer der herrenlosen Sache trotz entsprechenden Willens dann kein Eigentum, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist oder "durch die Besitzergreifung das Aneignungs-

1) Vgl. Heck, § 61, 1, 5; Baur, Sachenrecht, § 53 n I 3; Westermann, Sachenrecht, § 51 I 2; Staudinger-Berg, § 937, Rdnr. 4.

recht eines anderen verletzt wird." Dies läßt sich daraus erklären, daß die Stellung des Besitzers einer herrenlosen Sache nur dann im vollen Umfange der Rechtsstellung eines Eigentümers entspricht, wenn jegliche Gegeninteressen fehlen. Die Okkupation ist daher nicht als Prämie des Erwerbswillen zu verstehen. Vielmehr ist sie "ein Reflex aus dem Fehlen von Gegeninteressen" ¹⁾. Besitzstand und mangelndes Interesse Dritter am Eigentumserwerb sind also die entscheidenden Momente für den Rechtserwerb, nicht der Wille zum Eigentumserwerb ²⁾.

Dieses Ergebnis ist auch dann nicht widersprüchlich, wenn man mit der weitaus herrschenden Meinung ³⁾ das Pendant zur Aneignung - die Dereliktion § 959 BGB - als Rechtsgeschäft bezeichnet und den Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge "Eigentumsverlust" in dem Willen zur Eigentumsaufgabe sieht. Die Dereliktion unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der Aneignung. Gemäß § 959 BGB tritt der Eigentumsverlust nur dann ein, wenn der Besitz "in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten", aufgegeben wird. Nicht der Verlust des Besitzes und die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache durch einen anderen können den Eigentumsuntergang herbeiführen. Entscheidend ist die Bekundung des Willens zur Eigentumsaufgabe. Westermann ⁴⁾ bezeichnet denn auch die Eigentumsaufgabe i.S. des § 959 BGB als "Verfügung mit dem üblichen Doppeltatbestand von Willenserklärung und Besitzveränderung". Das

- 1) Heck, Sachenrecht, § 64, 3; Westermann, Sachenrecht, § 58 IV.
- 2) Heck, aaO., geht sogar so weit, auch dem putativen Fremdbesitzer einer herrenlosen Sache Eigentum gem. § 958 BGB zuzusprechen.
- 3) Vgl. Westermann, Sachenrecht, § 58 II 2 b; Palandt-Hoche, § 959, Anm. 1; Staudinger-Coing, Einl. vor §§ 104 ff., Rdnr. 21 mit weiteren Nachweisen; Flume, Rechtsgeschäft, § 9, 2bb; Baur, Sachenrecht, § 53 f II 2.
- 4) Westermann, Sachenrecht, § 58 II 2 b; vgl. auch Baur, Sachenrecht, § 53 f II 2; Motive III, S. 370.

Gesetz statuiert die Rechtsfolge "Eigentumsverlust" also maßgeblich, weil der Wille des Eigentümers final hierauf bezogen ist, und nicht unabhängig vom Willen.

Die §§ 958 und 959 BGB werden somit von unterschiedlichen Überlegungen getragen. Infolgedessen ist es auch miteinander vereinbar, wenn man auf der einen Seite der Dereliktion rechtsgeschäftlichen Charakter beimißt, den Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge also in dem Willen zur Eigentumsaufgabe sieht, auf der anderen Seite aber bei der Aneignung als Anknüpfungspunkt den durch den Besitz einer herrenlosen Sache geschaffenen tatsächlichen Zustand anspricht und nicht den Eigentumserwerbswillen.

Dafür, daß im Rahmen des § 958 BGB als Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge nicht der Eigentumserwerbswille angesehen werden kann, spricht schließlich auch die Tatsache, daß nach den Motiven¹⁾ auch derjenige, der irrig annimmt, die Sache gehöre noch einem anderen, also der bösgläubige Eigenbesitzer, Eigentum erwerben soll. In dem Eigentumserwerbswillen den Rechtsgrund des § 958 BGB zu sehen, hieße für diesen Fall den Bösgläubigen belohnen. Dem steht aber der Rechtsgedanke der §§ 932 ff. BGB entgegen.

3. Ergebnis zu II

Entscheidender Anknüpfungspunkt für den Eigentumserwerb gem. den §§ 900, 937, 958 BGB ist der durch die Ausübung des tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses über eine Sache geschaffene Zustand, d.h. der Besitztatbestand.

Dem Willensmoment ist keine maßgebende Bedeutung beizumessen. Da, wie oben dargelegt²⁾, der Geschäftsunfähige Besitz an einer Sache begründen kann, soweit er nach der Verkehrsauffassung dazu in der Lage ist,

1) Motive III, S. 369; vgl. auch Staudinger-Berg, § 958 Rdnr. 3.

2) Vgl. oben, S. 39 ff. (40) der Arbeit.

muß er auch Eigentümer gemäß den §§ 900, 937, 958 BGB werden können.

Der Eigentumserwerb durch Eigenbesitzbegründung ist also sowohl dem Geschäftsunfähigen als auch dem Minderjährigen möglich.

§ 21. Pfandrückgabe (§ 1253 BGB)

Inwieweit der Rechtsgedanke der §§ 104 ff. BGB für die Wirksamkeit der Pfandrückgabe gem. § 1253 BGB von Bedeutung ist, richtet sich danach, ob dem Willensmoment im Rahmen des § 1253 BGB entscheidende Bedeutung beizumessen ist oder nicht.

I. Gesetzeswortlaut

Anhaltspunkte könnten sich zunächst aus dem Gesetzeswortlaut ergeben. Gemäß § 1253 Abs.1 S.2 BGB ist der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts unwirksam. Hieraus könnte man mit Manigk¹⁾ den Schluß ziehen, daß der Vorgang der Pfandrückgabe der Privatautonomie entzogen sei. Die §§ 104 ff. BGB wären nicht anwendbar²⁾. Andererseits könnte man aber daraus, daß mit der Rückgabe der Pfandsache gleichzeitig eine Aufhebung des Pfandrechts verbunden ist, die Erklärung der Aufhebung des Pfandrechts aber rechtsgeschäftlichen Charakter hat (§ 1255 BGB), folgern, daß nur der Geschäftsfähige rechtswirksam die Rückgabe der Pfandsache vornehmen kann³⁾. Der Gesetzeswortlaut ist also wie in den meisten Fällen vieldeutig.

1) Manigk, Rechtswirksame Verhalten, S. 487/88.

2) So Manigk, aaO., Siebert-Augustin, § 1253, Rdnr.2; Planck-Brodmann, § 1253, Anm.1 (4.Aufl.).

3) So die h.M., vgl. Westermann, Sachenrecht, § 132 III 4; Staudinger-Spreng, § 1253, Rdnr.5; Schmidt in AcP Bd. 134. S.1 ff.(68); Endemann, Sachenrecht, § 141,3; Enneccerus-Nipperdey, § 137, IV 2 a, Fußnote 15; v.Tuhr II, 1, § 59 X 2; Klein, Rechts-handlungen, S.98, Fußnote 166.

II. Entstehungsgeschichte

Aufschlußreich für die Problemlösung könnte die Entstehungsgeschichte sein.

In den Motiven¹⁾ heißt es: § 1191 Abs.1 des Entwurfs (= § 1253 Abs.1 BGB) verlange "eine in einer gewissen Handlung, der Rückgabe des Pfandes, sich verkörpernde Willenserklärung." Auf diesen Akt seien "die Vorschriften über Rechtsgeschäfte anwendbar". Der Gesetzgeber sah also in der Rückgabe der Pfandsache die Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder Eigentümer, daß er das Pfandrecht aufgebe. Eine derartige rechtsgeschäftliche Erklärung i.S. des § 1255 BGB kann aber weder der Geschäftsunfähige noch der Minderjährige abgeben. Selbst wenn der Gesetzgeber den Untergang des Pfandrechts gem. § 1253 BGB auch wohl nicht davon abhängig machen wollte, ob eine entsprechende Willenserklärung wirklich vorlag, vielmehr die Rückgabe als Erklärung fingierte²⁾, bleiben die §§ 104 ff. BGB anwendbar. Denn da der Unmündige keine rechtswirksame, auf Aufhebung des Pfandes gerichtete Erklärung abgeben kann, darf zu seinen Lasten auch keine derartige Erklärung fingiert werden³⁾.

Nach den Motiven ist also für eine wirksame Rückgabe der Pfandsache gem. § 1253 BGB die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Willensbildung, d.h. Geschäftsfähigkeit, zu fordern.

III. Interessenlage

Angesichts der Tatsache, daß von der wohl überwiegenden Meinung in der Literatur⁴⁾ die Rückgabe der Pfandsache nicht als Rechtsgeschäft oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung angesehen wird, liegt aber die Frage nahe, ob den Motiven zu folgen ist. Vom An-

1) Motive III, S. 839.

2) Motive III, aaO.

3) Vgl. Diederichsen, JuS 1966, S. 137.

4) Vgl. Westermann, Sachenrecht, § 132 III 4.

knüpfungspunkt der Motive an § 1191 des Entwurfs her gesehen, ergeben sich keine Bedenken. Denn § 1191 des Entwurfs stimmt in seinem wesentlichen Inhalt mit § 1253 BGB überein. Um Zweifel auszuräumen, soll aber im folgenden noch untersucht werden, ob auch von der dem § 1253 BGB zugrundeliegenden Interessenlage her die entsprechende Anwendung der §§ 104 ff. BGB bejaht werden muß.

Hätte der Gesetzgeber den § 1253 BGB nicht geschaffen, so könnte das Pfandrecht im Wege des constitutum possessorium begründet werden. Es stände im Belieben von Verpfänder und Pfandgläubiger, ob der Verpfänder die mit dem Pfandrecht belastete Sache behielte oder nicht. Es ist offensichtlich, daß eine derartige Situation mit dem Interesse des Rechtsverkehrs an einer Offenkundigkeit der Rechtsverhältnisse nicht vereinbar wäre. Denn es bestände die Gefahr, daß eine Vielzahl von Personen auf die Sache Kredit gewährt, ohne von dem bereits zu Gunsten eines anderen bestehenden Pfandrecht zu wissen. Sie erhielten keine Sicherung für ihre Leistungen¹⁾. Mit der Aufstellung des § 1253 BGB verfolgte der Gesetzgeber daher den Zweck, die Begründung eines Pfandrechts im Wege des constitutum possessorium zu verhindern²⁾.

Ein derartiges Besitzmittlungsverhältnis können aber weder der Geschäftsunfähige noch der Minderjährige abschließen; denn es hat zur Voraussetzung, daß die Parteien ein Rechtsverhältnis i. S. des § 868 BGB vereinbaren, wonach der Oberbesitzer berechtigt ist, Weisungen im Hinblick auf die Behandlung der Sache zu erteilen. Eine solche Vereinbarung setzt aber die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Handeln voraus³⁾. Wenn nun aber weder der Geschäftsunfähige noch der Minder-

1) Vgl. hierzu auch Schmidt, AcP Bd. 134, S. 59 f.

2) Vgl. Motive III, S. 839; Planck-Brodmann, § 1253, A. 1.

3) Vgl. RGZ 98/133; Siebert-Rothe, § 868, Rdnr. 10;
RGKR, Kregel, § 868, Anm. 8.

jährige in der Lage sind, derartige, die wahre Rechtslage verschleiernde Vereinbarungen wirksam zu treffen, besteht für den Gesetzgeber auch kein Bedürfnis, an die Fortgabe der Pfandsache seitens des Unmündigen das Erlöschen des Pfandrechts zu knüpfen. § 1253 BGB trifft seinem Sinn und Zweck nach nur die Personen, denen das eigene Verhalten zurechenbar ist. Nur wer willensmäßig in der Lage ist, die von dem Gesetzgeber nicht gewollten Vereinbarungen zu treffen, soll daher mit der Rückgabe der Pfandsache sein Pfandrecht verlieren, also nicht der Unmündige.

IV. Ergebnis

An die Rückgabe der Pfandsache durch den Unmündigen kann nicht die Rechtsfolge "Erlöschen des Pfandrechts", § 1253 BGB, geknüpft werden.

In diesem Ergebnis liegt auch kein Widerspruch zu der im Rahmen des § 935 BGB vertretenen Auffassung, daß die Fortgabe einer Sache durch den Unmündigen kein Abhandenkommen im Sinne des § 935 BGB darstelle, also rechtswirksam sei. Denn im Rahmen des § 1253 BGB führt die Fortgabe der Sache unmittelbar zum Untergang eines Rechts - des Pfandrechts. Hingegen wird im Rahmen der §§ 932 ff., 935 BGB der Eigentumsverlust nicht an die Fortgabe der Sache geknüpft. Anknüpfungspunkt des gutgläubigen Erwerbs sind vielmehr der durch den Besitz der Sache geschaffene Zustand der Eigentumsvermutung (§ 1006 BGB), die Übereignungserklärung des Nichtberechtigten, Übergabe der Sache und guter Glaube des Erwerbers an die Verfügungsberechtigung. Die Fortgabe der Pfandsache i.S. des § 1253 BGB ist ihrem Inhalt nach also nicht mit der einfachen Besitzaufgabe, wie sie § 935 BGB voraussetzt, vergleichbar.

§ 22. Einwilligung in die Operation

Strittig ist, ob die Einwilligung des Minderjährigen in eine Operation wirksam sein kann mit der Fol-

ge, daß der operative Eingriff rechtmäßig ist und der Minderjährige einen sonst ex delicto gegebenen Schadensersatzanspruch verliert. Dies ist zu verneinen, wenn die §§ 104 ff. BGB unmittelbar oder entsprechend anwendbar sind.

I. Die Einwilligung als Willensäußerung

Wie oben dargelegt¹⁾, ist eine analoge Anwendung der §§ 104 ff. BGB grundsätzlich dann zu bejahen, wenn die Rechtsfolge maßgeblich an eine Willensäußerung anknüpft.

Die Rechtmäßigkeit des operativen Eingriffs ist abhängig von der Einwilligung des Betroffenen. Daß diese Einwilligung eine Willensäußerung darstellt, ist unstreitig²⁾ und wird auch vom Bundesgerichtshof³⁾ bejaht, selbst wenn er die Einwilligung als "Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen" bezeichnet.

Nach den oben angestellten grundsätzlichen Darlegungen müßten daher die §§ 104 ff. BGB entsprechend anwendbar sein. Dies hieße, daß die Einwilligung des Minderjährigen nicht zur Rechtmäßigkeit des Eingriffs führen könnte.

II. Kritik an der Ansicht des BGH

Der Bundesgerichtshof⁴⁾ verneint nun aber die analoge Anwendung der §§ 104 ff. BGB mit der Begründung, daß das Schutzbedürfnis des Minderjährigen entfalle, wenn er "nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen" vermöge. Dem ist insoweit zuzustimmen, als der Zweck der §§ 104 ff. BGB darin besteht, denjenigen zu schützen, der nicht zu

1) Vgl. oben, S. 39 ff. (40, 41) der Arbeit.

2) Vgl. Boehmer, MDR 1959, S. 706; Lenckner, ZStrW Bd. 72, S. 446 ff. (455).

3) BGHZ 29/33 ff. (36).

4) BGHZ aaO.

eigenverantwortlichem Handeln in der Lage ist, und dieser Schutzzweck dann entfällt, wenn sich im konkreten Fall die Fähigkeit des Minderjährigen zur eigenverantwortlichen Willensbildung feststellen läßt¹⁾. Auch stellt es keine unzulässige Beeinträchtigung des Rechts der elterlichen Gewalt (§ 1626 BGB) dar, wenn die Wirksamkeit der Einwilligung in die Operation von der geistigen und sittlichen Reife des Minderjährigen abhängig gemacht wird²⁾; denn Sinn und Zweck der elterlichen Gewalt ist, für das Kind zu sorgen, solange es nicht selbstbestimmungsfähig ist. Steht es nun aber im konkreten Fall seiner geistigen und sittlichen Reife nach einem Erwachsenen gleich, so besteht kein Bedürfnis mehr für das elterliche Sorgerecht.

Der Gesetzgeber hat aber mit den §§ 2, 104 ff., 1626 BGB zum Ausdruck gebracht, daß er die Rechtmäßigkeit einer Willensäußerung des Minderjährigen nicht von seiner im konkreten Fall gegebenen Einsichtsfähigkeit, sondern von der Vollendung des 21. Lebensjahres abhängig machen wollte. An diesem gesetzgeberischen Willen ist festzuhalten. Zwar mag die Orientierung an starren Altersgrenzen nicht die idealste Lösung sein. Sie hat sich jedoch auch in der heutigen Zeit noch als durchaus praktikabel erwiesen. Man kann daher auch nicht mit Gernhuber³⁾ in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs einen Akt "legitimer Rechtsfortbildung" sehen⁴⁾. Die Ersetzung des gesetzgeberischen Willens durch eigene richterliche Wertung ist erst dann zulässig, wenn "sich nach Erlaß des Gesetzes die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend geändert haben oder sich die dem Gesetz zugrundeliegenden Wertungen seitdem so grundlegend gewandelt haben, daß die An-

1) Vgl. oben, S. 47 der Arbeit.

2) Vgl. oben, S. 47 ff. der Arbeit.

3) Gernhuber, Familienrecht, § 49 VI 4.

4) Vgl. Reuter, Kindesgrundrechte, S. 208; vgl. auch oben, S. 48 ff. (52) der Arbeit.

wendung des Gesetzes mit dem heutigen Rechtsempfinden unvereinbar wäre.¹⁾"

Die analoge Anwendung der §§ 104 ff. BGB läßt sich also nicht mit der Überlegung verneinen, daß das Schutzbedürfnis des Minderjährigen entfallen müsse, wenn er genügend einsichtsfähig sei, die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs zu erkennen. Darüber hinaus erscheint diese Auffassung auch angesichts der Tatsache unverständlich, daß schon für das kleinste Kreditgeschäft Geschäftsfähigkeit gefordert wird, obgleich der Minderjährige dessen Bedeutung sicherlich noch eher zu erfassen vermag, als die eines körperlichen Eingriffs²⁾.

III. Die Einwilligung als höchstpersönliche Entscheidung

Boehmer, Gernhuber und Lenckner³⁾ halten die Entscheidung des Bundesgerichtshofs auch nur im Ergebnis, nicht in der Begründung, für richtig. Ihrer Ansicht nach läßt sich die Wirksamkeit der Einwilligung des Minderjährigen in die Operation nur daraus herleiten, daß es sich bei der Einwilligung um die Disposition über das höchstpersönliche Rechtsgut der Gesundheit handele. "Die Wertsteigerung, die alle höchstpersönlichen Rechtsgüter in der jüngsten Vergangenheit erfahren" hätten, verlange, daß der Selbstbestimmungswille eines Menschen dann zu respektieren sei, wenn er "im konkreten Fall nach seinen persönlichen Fähigkeiten in der Lage" sei, "diesen Willen sinnvoll zu betätigen".

Man kann dieser Argumentation folgen, wenn es eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Minder-

1) G. und D. Reinicke in NJW 1952, S.1033 ff. (1036); Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 107.

2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 151 II 1 e, Fußnote 11; Lenckner, ZStrW Bd.72, S. 455.

3) Boehmer, MDR 1959, S. 707; Gernhuber, Familienrecht, § 49 VI 4, und Lenckner, aaO., S.456/57.

jährigen darstellen würde, die Wirksamkeit des operativen Eingriffs trotz diesbezüglich vorhandener Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen von der Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abhängig zu machen.

1. Die Grenzen des Selbstbestimmungsrechts

In Art. 1 Abs.1 und Art. 2 GG ist das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit "als bürgerlich-rechtliches von jedem im Privatrechtsverkehr zu achtendes Recht" anerkannt worden¹⁾. Das heißt jedoch nicht, daß dieses Recht unbegrenzt ausgeübt werden kann. Denn gemäß Art.2 Abs.1 GG sind ihm Schranken dadurch gesetzt, daß nicht die Rechte anderer verletzt werden dürfen und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen werden darf²⁾. Als "verfassungsmäßige Ordnung" i.S. des Art.2 Abs.1 GG ist die allgemeine Rechtsordnung, d.h. die Gesamtheit der Normen zu verstehen, die formell und materiell verfassungsgemäß sind³⁾. Hierzu sind auch die §§ 2, 104 ff., 1626 BGB zu zählen. Zwar ist ebenso, wie die Ausübung des Persönlichkeitsrechts ihre Schranken hat, die Befugnis des Gesetzgebers, das Persönlichkeitsrecht durch Gesetz zu beschränken, beschränkt. Sie findet ihre Grenze "an der wertsetzenden Bedeutung" der persönlichen Freiheit⁴⁾. Ein Gesetz kann nur dann als Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung angesehen werden, wenn die in ihm gegebene Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts "dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entspricht" ⁵⁾. Es läßt sich

1) BGHZ 26/349 ff.(354); vgl. auch BGHZ 13/334 ff. (338); 26/349 ff.(354); 30/11; 39/124.

2) Die Selbstbestimmungsgarantie steht also unter generellem Gesetzesvorbehalt, vgl. BVerfGE 6/32 ff. (40); Maunz-Dürig, Art.2 Abs.1 Rdnr. 29; Reuter, aaO., S. 154.

3) BVerfGE 6/37/38.

4) BVerfGE 7/198 ff.

5) BVerfGE in NJW 1966, S.1651 ff. Vgl. auch BGHZ 24/72 ff.(80).

jedoch nicht sagen, daß die Beibehaltung der starren Altersgrenzen das Selbstbestimmungsrecht unverhältnismäßig beschränkt.

Das Grundgesetz hat also an der Maßgeblichkeit des Einverständnisses der Eltern für Entscheidungen ihrer Kinder nichts geändert¹⁾. Infolgedessen kann die analoge Anwendung der §§ 104 ff. BGB auf die Einwilligung auch nicht als unzulässige Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts angesehen werden.

2. Rechtscharakter der Einwilligung im Vergleich zu

§ 5 RKEG

Lenckner²⁾ verweist zur Begründung seiner Ansicht, daß die Wirksamkeit persönlicher Entscheidungen, wie die der Einwilligung in die Operation, nicht von dem Erreichen der Volljährigkeitsgrenze abhängig sein könne, auf § 5 RKEG. Danach soll der Minderjährige mit der Vollendung des 14. Lebensjahres selbst darüber entscheiden können, ob er seine Religionszugehörigkeit aufgeben oder wechseln will.

Ist die Bekenntnismahl in ihrem Rechtscharakter mit der Einwilligung in eine Operation vergleichbar, so könnte der Rechtsgedanke des § 5 RKEG entsprechend auch für die Einwilligung gelten.

Bei der Wahl des religiösen Bekenntnisses handelt es sich um eine Gewissensentscheidung, deren freie Ausübung durch Art. 4 GG gewährleistet wird³⁾. Das Charakteristikum einer derartigen Entscheidung liegt darin, daß für sie die persönliche Anlage und innere

1) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 2 GG Abs. 2, Rdnr. 37, Fußnote 2; Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 59 a.E. Fußnote 1; Art. 19 Abs. 3, Rdnr. 20.

2) Lenckner, ZStrW Bd. 72, S. 457.

3) Vgl. Reuter, aaO., S. 156 ff., 177, der zwischen Gewissensentscheidungen (S. 163) und lebensgestaltenden Entscheidungen (S. 159) unterscheidet und bei diesen von der Typisierung der Selbstbestimmungsfähigkeit absieht (S. 179 ff. (181)).

Einstellung einer Person ausschlaggebend ist. Da die Entscheidung des einzelnen über seine Religionszugehörigkeit die Gemeinschaft nicht berührt, ist es für ihre Wirksamkeit auch nicht so sehr von Bedeutung, inwieweit die Fähigkeit zur Teilnahme am Rechtsverkehr, also die Geschäftsfähigkeit, gegeben war. Infolgedessen ist es auch verständlich, wenn der Gesetzgeber für die Wahl des Glaubensbekenntnisses nicht das Erreichen der Volljährigkeit fordert.

Nun stellt aber die Einwilligung in die Operation keine Gewissensentscheidung in dem aufgezeigten Sinne dar. Der Einwilligende verfügt über den Schadensersatzanspruch ex delicto, also über einen Vermögenswert. Er betätigt sich wirtschaftlich und tritt in sozialen Kontakt zu Dritten, nimmt also am Rechtsverkehr teil. Die Entscheidung über den operativen Eingriff ist nicht allein emotional - wie die Wahl des Glaubensbekenntnisses - sondern mehr rational bestimmt. Infolgedessen kann auch nicht über eine entsprechende Anwendung des § 5 RKEG die Wirksamkeit der Einwilligung in die Operation von der jeweiligen Einsichtsfähigkeit abhängig gemacht werden. Sie setzt vielmehr die Fähigkeit zur Teilnahme am Rechtsverkehr voraus. Die §§ 104 ff. BGB sind entsprechend anwendbar. Die Einwilligung des Minderjährigen in die Operation beseitigt nicht die Widerrechtlichkeit des Eingriffs¹⁾.

1) Vgl. Maunz-Dürig, Art.2 GG, Abs.2, Rdnr.37 bei Fußnote 2; Reuter, aaO., S.207 ff. (215). Er fordert allerdings dann nicht die Volljährigkeit des Erklärenden, wenn es sich um eine lebensgestaltende Entscheidung handelt, wie etwa die Entscheidung zwischen der Amputation eines wichtigen Gliedes und dem Risiko schwerer Leiden. Die Nachprüfung der hierfür aus dem Grundgesetz (Art.12 Abs.1 S.1) entnommenen Begründung würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

IV. Ergebnis zu § 22

Die Einwilligung des Minderjährigen in die Operation führt nicht zur Rechtmäßigkeit des Eingriffs in zivilrechtlicher Hinsicht. Der Minderjährige verliert seinen deliktischen Schadensersatzanspruch nicht.

In der Abhängigkeit der Wirksamkeit der Einwilligung vor der Vollendung des 21. Lebensjahrs liegt keine Verletzung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Mißbrauchen die Eltern ihre Befugnisse, so sind die Kinder gem. § 1666 BGB geschützt. In den Fällen, in denen die Einwilligung der Eltern ohne Gefahr für das Leben des Kindes nicht rechtzeitig einholbar ist, läßt sich ein operativer Eingriff über das Rechtsinstitut der mutmaßlichen Einwilligung rechtfertigen¹⁾.

§ 23 Gesamtergebnis

Als Ergebnis der Arbeit ist zusammenfassend folgendes festzuhalten:

Die §§ 104 ff. BGB treffen ihrem Sinn nach sämtliche Rechtshandlungen Unmündiger, bei denen die Rechtsfolge maßgeblich an den Willen des Betroffenen anknüpft. Denn wenn der Gesetzgeber den Rechtsgeschäften Geschäftsunfähiger und Minderjähriger die rechtliche Anerkennung versagt, weil sie nicht zur eigenverantwortlichen Willensbildung in der Lage sind und nicht die Fähigkeit besitzen, für ihre eigene Person zu sorgen und die Folgen ihres Verhaltens zu übersehen, so muß dies entsprechend auch für die Rechtshandlungen gelten.

Ist der Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge hingegen nicht so sehr ein Willensmoment als vielmehr der einmal geschaffene tatsächliche Zustand, so ist von einer entsprechenden Anwendung der §§ 104 ff. BGB auf die

1) Vgl. Staudinger-Donau, § 1626, Rdnr. 78.

Rechtshandlungen abzusehen.¹⁾

Hieraus ergibt sich, daß aus der Unterscheidung Rechtsgeschäft, rechtsgeschäftsähnliche und rein tatsächliche Handlung die Anwendbarkeit der §§ 104 ff. BGB nicht deduziert werden kann.

Die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen in die Bedeutung und Tragweite seines Verhaltens kann aus Gründen der Rechtssicherheit nicht als Maßstab für die Wirksamkeit einer rechtmäßigen Rechtshandlung herangezogen werden.²⁾

In entsprechender Anwendung des § 828 II BGB ist auf die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen lediglich dann abzustellen, wenn die Rechtsfolge an ein objektiv rechtswidriges Verhalten anknüpft.³⁾

Soweit die §§ 104 ff. BGB auf die rechtmäßigen Rechtshandlungen entsprechend anzuwenden sind, entfallen mit den Pflichten des Unmündigen seine Rechte insoweit, als beide in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen und einander bedingen.⁴⁾

Unter Zugrundelegung dieser allgemeinen Prinzipien sind bei der Lösung der Einzelprobleme folgende Ergebnisse erzielt worden:

Der Unmündige kann ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters das vorvertragliche Vertrauensverhältnis der culpa in contrahendo mit den sich daraus ergebenden Pflichten nicht wirksam begründen. Denn das gesetzliche Schuldverhältnis der culpa in contrahendo entsteht nicht ohne Zutun und unabhängig vom Willen des Verpflichteten, sondern dadurch, daß er eine entsprechende Erwartung des Berechtigten hervorgerufen hat, er werde dessen Interessen stärker beachten, als

1) Vgl. oben S. 39-45 d.A.

2) Vgl. oben S. 49 ff. d.A.

3) Vgl. oben S. 45 d.A.

4) Vgl. oben S. 53 ff. d.A.

dies normalerweise üblich ist.¹⁾

Da die Pflichten der Parteien aus dem Institut der culpa in contrahendo als sogenannte Sekundär- oder Nebenleistungspflichten ihre Grundlage unabhängig voneinander in dem Grundsatz von Treu und Glauben haben²⁾, kann der Minderjährige, ohne verpflichtet zu sein, gegen den geschäftsfähigen Partner Ersatzansprüche aus culpa in contrahendo geltend machen.³⁾ Der Geschäftsunfähige hat auf Grund der besonderen Rechtsnatur des Instituts keine Ersatzansprüche.⁴⁾

Soweit der gesetzliche Vertreter mit der Aufnahme des geschäftlichen Kontakts einverstanden war, obliegen dem Minderjährigen auch die sich hieraus ergebenden Pflichten. Für ihre Verletzung ist er im Rahmen seiner Einsichtsfähigkeit verantwortlich.⁵⁾

Der Unmündige kann aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens nicht verpflichtet werden. Die den Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge eigenen Besonderheiten rechtfertigen nicht die Annahme, daß allein schon die tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung eine Zahlungspflicht begründet. Auch die Benutzung eines Verkehrsmittels oder einer Anstalt setzt zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit voraus, daß der Benutzer in der Lage ist, auf Grund eigenen Willensent schlusses verantwortlich am Rechtsverkehr teilzunehmen.⁶⁾

Mit der Verpflichtung des Unmündigen entfällt gleichzeitig auch das Recht auf Inanspruchnahme der Leistung. Denn Berechtigung und Verpflichtung stehen im gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis. Soweit der Unmündige

1) Vgl. oben S. 63 ff. d.A.

2) Vgl. oben S. 68 f. d.A.

3) Vgl. oben S. 70 d.A.

4) Vgl. oben S. 71 ff. d.A.

5) Vgl. oben S. 65 d.A.

6) Vgl. oben S. 87 ff. d.A.

bei der Anbahnung oder Abwicklung eines - unwirksamen- Leistungsverhältnisses des Massenverkehrs verletzt wird, gelten die zur culpa in contrahendo entwickelten Grundsätze entsprechend.¹⁾

Der Minderjährige und Geschäftsunfähige können rechtswirksam als Geschäftsführer i.S. der §§ 677 ff. BGB handeln und daraus Ansprüche gegen den Geschäftsherrn, insbesondere auf Ersatz der Aufwendung (§§ 683, 670 BGB), herleiten. Denn die Rechte und Pflichten aus der Geschäftsführung ohne Auftrag stehen nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis. Demzufolge entfallen mit den Pflichten (§ 682 BGB) nicht die Rechte des Unmündigen.²⁾

Innerhalb des Bereicherungsrechts hat der Nichtvolljährige folgende Rechtsstellung:

Die Saldotheorie ist auf den Unmündigen nicht anwendbar, soweit sie zu einem Fortfall seiner Bereicherungsansprüche führen würde. Vielmehr gilt die Zweikonditionentheorie. Dies erklärt sich daraus, daß die Saldotheorie ihre Grundlage in dem "nichtigen" Vertrag hat. Einem nichtigen Vertrag kann aber nur derjenige faktische Wirksamkeit verleihen, der willensmäßig in der Lage ist, einen Vertrag wirksam abzuschließen.³⁾

Der Unmündige unterliegt in den Fällen der Leistungskondiktion nicht der verschärften Haftung aus § 819 BGB.⁴⁾

Im Falle der Eingriffskondiktion haftet er hingegen gemäß den §§ 819, 292, 989, 990 I, 1, 987 ff. BGB, wenn er die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat (§ 828 II BGB).⁵⁾ Denn ein Eingriff in einen fremden Rechtskreis stellt ein ob-

1) Vgl. oben S. 91 ff. d.A.

2) Vgl. oben S. 100 ff. (104-109) d.A.

3) Vgl. oben S. 114-117 d.A.

4) Vgl. oben S. 117 ff. d.A.

5) Vgl. oben S. 120 ff. d.A.

ektiv rechtswidriges Verhalten dar.

Ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters kann der Unmündige nicht Halter werden. Der Erwerb der Haltereigenschaft erfordert die Fähigkeit zu privatwirtschaftlich verantwortlichem Handeln und damit zur eigenverantwortlichen Willensbildung.¹⁾

Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters (§ 559 BGB) und Gastwirts (§ 704 BGB) entsteht auch an den eingebrachten Sachen Nichtvolljähriger. Maßgebend für die Entstehung des Pfandrechts ist der durch den Vertrag und seine Abwicklung geschaffene tatsächliche Zustand, nicht ein Willensakt des Mieters oder Gastes.²⁾

Gibt der Unmündige den Besitz einer beweglichen Sache auf, so ist diese nicht abhanden gekommen i.S. des § 935 BGB. Die Aufgabe des Besitzes schließt den gutgläubigen Erwerb nicht aus. Denn dieser knüpft maßgeblich an einen äußeren Vertrauenstatbestand, d.h. den durch den Besitz der Sache in der Hand des Nichtberechtigten geschaffenen Rechtsschein der Eigentumsvermutung, an.³⁾

Der Minderjährige und Geschäftsunfähige können gemäß den §§ 900, 937, 958, 872 BGB durch Eigenbesitzbegründung Eigentümer eines Grundstücks oder einer beweglichen Sache werden. Der Eigentumserwerb hat seinen Grund in der durch den langjährigen Eigenbesitz (§§ 900, 937 BGB) oder den Besitz einer herrenlosen Sache (§ 958 BGB) geschaffenen eigentumsähnlichen Rechtsposition des Besitzers. Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge ist also ein tatsächlicher Zustand.⁴⁾

1) Vgl. oben S. 132 ff. d.A.

2) Vgl. oben S. 136 ff. d.A.

3) Vgl. oben S. 142 ff. d.A.

4) Vgl. oben S. 152-157 d.A.

Die Rückgabe der Pfandsache durch den Unmündigen kann nicht nach § 1253 BGB zum Erlöschen des Pfandrechts führen. § 1253 BGB soll verhindern, daß Verpfänder und Pfandgläubiger durch entsprechende Vereinbarungen die wahre Rechtslage verschleiern. Da der Minderjährige und Geschäftsunfähige nicht in der Lage sind, derartige Vereinbarungen wirksam vorzunehmen, trifft § 1253 BGB seinem Sinn und Zweck nach auch nicht den Unmündigen.¹⁾

Die Einwilligung des Minderjährigen in die Operation beseitigt nicht die Widerrechtlichkeit des Eingriffs. Die Einwilligung ist eine Willensäußerung, die eine Verfügung über den deliktischen Schadensersatzanspruch darstellt und kann daher von einem Unmündigen nicht wirksam vorgenommen werden.²⁾

1) Vgl. oben S. 158-160 d.A.

2) Vgl. oben S. 160 ff. d.A.

